



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1987 Vol. 1

1^{er} cahier, 1987 Vol. 1

Cited as [1987] 1 S.C.R. 2-179

Renvoi [1987] 1 R.C.S. 2-179

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

Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1986.

CONTENTS

Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd. 59

Banks and banking operations — Letters of credit — Bank's obligation to pay on presentation of draft — Fraud exception — Scope and availability of exception — Proof of the fraud required to relieve a bank of its obligation — Whether fraud sufficiently established to require the bank to refuse payment.

Banks and banking operations — Letters of credit — Bank's obligation to pay on presentation of draft — Rule of documentary compliance — Discrepancies on the face of documents accompanying the draft — Whether draft improperly paid by the bank.

Broufman Trust v. The Queen 32

Income Tax — Calculation of income — Deductions — Interest deduction — Trusts — Trust making allocation to beneficiary — Money borrowed to prevent sale of assets — Whether or not trust entitled to claim interest deduction — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 12(1)(a), 11(1)(c)(i), re-en. S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 18(1)(a), 20(1)(c)(i).

Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co. 2

Insurance — Fire insurance — Insurable interest — Sole shareholder holding insurance policy on company's assets — Whether or not insurable interest.

Company law — Corporate personality — Sole shareholder company — Sole shareholder holding insurance policy on company's assets — Whether or not insurable interest.

Continued on next page

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

Arrêtiŕste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviŕseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1986.

SOMMAIRE

Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd. . 59

Banques et opérations bancaires — Lettres de crédit — Obligation de la banque de payer sur présentation d'une traite — Exception de fraude — Portée de l'exception et possibilité de l'invoquer — Preuve de la fraude requise pour dégager une banque de son obligation — La fraude a-t-elle été suffisamment établie pour obliger la banque à refuser le paiement?

Banques et opérations bancaires — Lettres de crédit — Obligation de la banque de payer sur présentation d'une traite — Règle de la conformité des documents — Différences apparentes dans les documents accompagnant la traite — La traite a-t-elle été irrégulièrement payée par la banque?

Broufman Trust c. La Reine 32

Impôt sur le revenu — Calcul de l'impôt — Déductions — Déduction d'intérêts — Fiducies — Fiducie versant du capital au bénéficiaire — Fonds empruntés pour éviter la vente d'actifs — La fiducie a-t-elle le droit de demander la déduction des intérêts? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 12(1)a, 11(1)c(i), réad. S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 18(1)a, 20(1)c(i).

Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co. 2

Assurance — Assurance contre l'incendie — Intérêt assurable — Actionnaire unique détenant une police d'assurance garantissant l'actif d'une société — Y a-t-il un intérêt assurable?

Droit des compagnies — Personnalité morale — Société ayant un seul actionnaire — Actionnaire unique détenant une police d'assurance garantissant l'actif d'une société — Y a-t-il un intérêt assurable?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.	110
Courts — Procedure — Stay of proceedings and interlocutory injunctions — Constitutional validity of legislation challenged — Board proposing to act pursuant to challenged legislation — Motion to stay Board's proceedings until determination of constitutional validity of legislation — Decision to deny motion overturned by Court of Appeal — Principle governing judge's discretionary power to grant stay — Appropriateness of Court of Appeal's intervention in motion judge's discretion — Labour Relations Act, C.C.S.M., c. L10, s. 75.1.	
Constitutional law — Charter of Rights — Currency of impugned legislation — Whether or not presumption of constitutionality when legislation challenged under Charter.	
Marlex Petroleum Inc. v. Har Rai (The)	57
Maritime law — Liens — Action <i>in rem</i> to enforce a maritime lien for necessities arising under foreign law — Owner of the vessel not liable <i>in personam</i> for the necessities — Lien enforceable by action <i>in rem</i> in Canada.	
Quebec (Attorney General) v. Healey	158
Civil law — Ownership — Three-chain reserve — Nature of right conferred on Crown by three-chain reserve between 1884 and 1919 — Whether reserve in full ownership or servitude for fishing purposes? — Act to amend the Quebec fish and game laws, S.Q. 1919, c. 31, s. 1 — Quebec Fisheries' Act, R.S.Q. 1909, s. 2252 — Act respecting Fisheries and Fishing, S.Q. 1899, c. 23, ss. 1, 4.	
Statutes — Retroactivity — No express reference — Intention of legislator to make statute retroactive — Statute declaratory and interpreting — Act to amend the Quebec fish and game laws, S.Q. 1919, c. 31, s. 1.	

SOMMAIRE (Fin)

Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.	110
Tribunaux — Procédure — Suspension d'instance et injonctions interlocutoires — Contestation de la constitutionnalité d'une loi — Commission qui se propose d'agir en vertu de la loi contestée — Requête en suspension des procédures devant la Commission jusqu'à la détermination de la constitutionnalité de la loi — Décision rejetant la requête infirmée par la Cour d'appel — Principe régissant le pouvoir discrétionnaire du juge d'accorder la suspension d'instance — Est-il approprié pour la Cour d'appel d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance? — Labour Relations Act, C.C.S.M., chap. L10, art. 75.1.	
Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la loi attaquée — Existe-t-il une présomption de constitutionnalité lorsqu'une loi est contestée en vertu de la Charte?	
Marlex Petroleum Inc. c. Har Rai (Le)	57
Droit maritime — Privilèges — Action <i>in rem</i> visant à l'exécution d'un privilège maritime pour fourniture d'approvisionnements nécessaires fondé sur le droit étranger — Propriétaire du navire non responsable <i>in personam</i> de ces approvisionnements — Privilège exécutoire par action <i>in rem</i> au Canada.	
Québec (Procureur général) c. Healey	158
Droit civil — Propriété — Réserve des trois chaînes — Nature du droit conféré à l'État par la réserve des trois chaînes entre 1884 et 1919 — S'agit-il d'une réserve en pleine propriété ou d'une servitude pour fins de pêche? — Loi amendement la loi de la pêche de Québec et la loi de la chasse de Québec, S.Q. 1919, chap. 31, art. 1 — Loi de la pêche de Québec, S.R.Q. 1909, art. 2252 — Loi concernant la pêche et les pêcheries, S.Q. 1899, chap. 23, art. 1, 4.	
Législation — Rétroactivité — Aucune mention expresse — Intention du législateur de rendre la loi rétroactive — Loi déclaratoire et interprétative — Loi amendement la loi de la pêche de Québec et la loi de la chasse de Québec, S.Q. 1919, chap. 31, art. 1.	

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 1987

1^{er} volume, 1987

Constitution Insurance Company of Canada, Simcoe & Erie General Insurance Company, Providence Washington Insurance Company, Security National Insurance Company, Upper Canada Insurance Company, Canadian Home Assurance Company, The Contingency Insurance Company Limited *Appellants*
Cross-Respondents (Defendants)

v.

Andreas Kosmopoulos and Kosmopoulos Leather Goods Limited *Respondents*
Cross-Appellants (Plaintiffs)

and

Aristides Roussakis and Art Roussakis Insurance Agency Limited *Cross-Respondents*
(Defendants)

INDEXED AS: KOSMOPOULOS v. CONSTITUTION INSURANCE CO.

File No.: 17911.

1985: November 1, 6; 1987: January 29.

Present: Beetz, McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Insurance — Fire insurance — Insurable interest — Sole shareholder holding insurance policy on company's assets — Whether or not insurable interest.

Company law — Corporate personality — Sole shareholder company — Sole shareholder holding insurance policy on company's assets — Whether or not insurable interest.

Respondent Kosmopoulos incorporated his leather goods business and became sole shareholder and director of the company. Virtually all documentation required in the business continued to refer to the sole proprietorship and made no reference to the company and the lease continued in respondent's name when the landlord's approval to assign the lease was not obtained. The fire insurance policies showed the insured as being the sole proprietorship even though the insurance agency was well aware of the fact that the business was being carried on by the incorporated company. A fire in the

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Constitution Insurance Company of Canada, Simcoe & Erie General Insurance Company, Providence Washington Insurance Company, Security National Insurance Company, Upper Canada Insurance Company, Canadian Home Assurance Company, The Contingency Insurance Company Limited *Appelantes*
Intimées dans le pourvoi incident (Défenderesses)

b c.

Andreas Kosmopoulos et Kosmopoulos Leather Goods Limited *Intimés Appelants*
dans le pourvoi incident (Demandeurs)

c et

Aristides Roussakis et Art Roussakis Insurance Agency Limited *Intimés dans le pourvoi incident (Défendeurs)*

d RÉPERTORIÉ: KOSMOPOULOS c. CONSTITUTION INSURANCE CO.

N° du greffe: 17911.

e 1985: 1, 6 novembre; 1987: 29 janvier.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

Assurance — Assurance contre l'incendie — Intérêt assurable — Actionnaire unique détenant une police d'assurance garantissant l'actif d'une société — Y a-t-il un intérêt assurable?

Droit des compagnies — Personnalité morale — Société ayant un seul actionnaire — Actionnaire unique détenant une police d'assurance garantissant l'actif d'une société — Y a-t-il un intérêt assurable?

h L'intimé Kosmopoulos a constitué en société son entreprise de fabrication et de vente d'articles de cuir, devenant lui-même l'actionnaire et l'administrateur unique de cette société. La quasi-totalité des documents requis pour l'exploitation de l'entreprise continuaient toutefois à parler de l'entreprise individuelle plutôt que de la société. De plus, puisque le propriétaire n'a pas donné son consentement à la cession du bail, celui-ci portait encore le nom de l'intimé. D'après les polices d'assurance contre l'incendie, l'assuré était l'entreprise individuelle, quoique l'agence d'assurances ait su perti-

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

adjoining premises damaged the company's assets and the rented premises. When the appellant companies refused payment on proof of loss, the present action was commenced. At trial, Kosmopoulos was found to have an insurable interest not only in the premises but also in the assets of the company and was given judgment accordingly. The agency was found liable for undertaking to see that some assets which were destroyed were insured, and had there been a finding of no insurable interest in the company's assets, would have been found liable for that loss as well. The Ontario Court of Appeal dismissed the insurers' appeals and Kosmopoulos' cross-appeal.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Per Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.: The corporate veil should not be lifted here, even though it theoretically could be lifted to do justice. Those who have chosen the benefits of incorporation must bear the corresponding burdens, and if the veil is to be lifted, it should only be done in the interests of third parties who would otherwise suffer as a result of the choice. If the corporate veil were to be lifted here, an indefensible distinction might emerge between companies with one shareholder and those with more than one shareholder.

A bailment cannot exist if the bailor still has possession and control of the items alleged to be bailed. To assert that Mr. Kosmopoulos possessed and controlled the property in his personal capacity would lift the veil and regard Mr. Kosmopoulos as separate and distinct from the company rather than as its director and senior employee. Mr. Kosmopoulos was a sole shareholder with neither a legal nor equitable interest in the company's assets.

The definition restricting insurable interest to legally enforceable rights is merely "a technical objection . . . which has no real merit . . . as between the assured and the insurer". The policies said to underlie this definition—the policy against wagering under guise of insurance, the policy favouring limitation of indemnity, and the policy to prevent temptation to destroy insured property—do not appear to require a restrictive definition and would be as well served by the factual expectancy test. *Macaura* should no longer be followed. If an insured can demonstrate "some relation to, or concern in

nemment qu'il s'agissait d'une entreprise exploitée par la société commerciale. Un incendie dans les locaux attenants a causé des dommages aux biens de la société et aux locaux loués. L'action a été intentée lorsque les sociétés appelantes, suite à la production de preuves de sinistre, ont refusé tout paiement. En première instance, on a conclu que Kosmopoulos avait un intérêt assurable non seulement dans les locaux, mais aussi dans les biens de la société et jugement a été rendu en conséquence. L'agence d'assurances a été jugée responsable parce qu'elle s'était engagée à veiller à ce que certains biens détruits soient assurés et, si on avait conclu à l'absence d'intérêt assurable dans les biens de la société, elle aurait été jugée responsable de cette perte également. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté les appels des assureurs ainsi que l'appel incident interjeté par Kosmopoulos.

Arrêt: Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Les juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest: Il ne faut pas faire abstraction de la personnalité morale en l'espèce, même si en théorie on pourrait le faire pour que justice soit rendue. Quiconque choisit de profiter des avantages qu'offre la constitution en société doit aussi en supporter les inconvénients et, si on doit faire abstraction de la personnalité morale, ce ne doit être que dans l'intérêt de tiers à qui, sans cela, ce choix porterait préjudice. Si l'on devait faire abstraction de la personnalité morale en l'espèce, il pourrait alors surgir une distinction indéfendable entre les sociétés ayant un seul actionnaire et celles comptant plus d'un actionnaire.

Il ne peut pas y avoir de dépôt si le déposant continue d'avoir la possession et le contrôle des articles qui sont censés faire l'objet du dépôt. Affirmer que M. Kosmopoulos possédait et contrôlait les biens à titre personnel reviendrait à faire abstraction de la personnalité morale et à le considérer comme séparé et distinct de la société plutôt que comme son administrateur et cadre supérieur. M. Kosmopoulos était un actionnaire unique dépourvu de tout intérêt en *common law* ou en *equity* dans l'actif de la société.

La définition restrictive qui limite la notion de l'intérêt assurable aux droits qu'on peut faire valoir en justice n'est qu'une «objection . . . qui n'est . . . que du . . . formalisme et . . . qui n'a aucune valeur réelle . . . en ce qui concerne l'assuré et l'assureur». Les politiques qui, dit-on, sous-tendent cette définition—la politique qui interdit le pari sous forme d'assurance, la politique qui favorise la limitation des indemnités et la politique qui vise à prévenir la tentation de détruire les biens assurés—ne paraissent pas imposer une définition restrictive et le critère de l'attente factuelle répondrait aussi bien à

the subject of insurance, which relation or concern by the happening of the perils insured against may be so affected as to produce a damage, detriment, or prejudice to the person insuring”, that insured should be held to have a sufficient interest. To “have a moral certainty of advantage or benefit, but for those risks or dangers”, or “to be so circumstanced with respect to [the subject matter of the insurance] as to have benefit from its existence, prejudice from its destruction” is to have an insurable interest in it.

Per McIntyre J.: The *Macaura* rule should not be accepted to compel a holding that a sole shareholder and sole director of a company could not have an insurable interest in the assets of the company. Modern company law now permits the creation of companies with one shareholder. The identity then between the Company and that sole shareholder and director is such that an insurable interest in the Company’s assets may be found in the sole shareholder.

Cases Cited

By Wilson J.

Not followed: *Macaura v. Northern Assurance Co.*, [1925] A.C. 619; *Guarantee Co. of North America v. Aqua-Land Exploration Ltd.*, [1966] S.C.R. 133, reversing (1964), 44 D.L.R. (2d) 645; *Wandlyn Motels Ltd. v. Commerce General Insurance Co.*, [1970] S.C.R. 992; *Clark v. Scottish Imperial Insurance Co.* (1879), 4 S.C.R. 192; **considered:** *Lucena v. Craufurd* (1806), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 269, 127 E.R. 630; **referred to:** *American Indemnity Co. v. Southern Missionary College*, 260 S.W.2d 269 (1953); *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Associated Portland Cement Manufacturers (1910), Ltd. v. Ashton*, [1915] 2 K.B. 1; *Patterson v. Harris* (1861), 1 B. & S. 336, 121 E.R. 740; *Wilson v. Jones* (1867), L.R. 2 Ex. 139; *Blascheck v. Bussell* (1916), 33 T.L.R. 51; *Stock v. Inglis* (1884), 12 Q.B.D. 564; *Zimmerman v. St. Paul Fire & Marine Insurance Co.* (1968), 1 D.L.R. (3d) 277; *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. Traynor*, [1972] N.Z.L.R. 504; *Keefer v. Phoenix Insurance Co.* (1901), 31 S.C.R. 144; *Van Cure v. Hartford Fire Insurance Co.*, 253 A.2d 663 (1969); *Pacific National Fire Insurance Co. v. Watts*, 97 So.2d 797 (1957); *Royal Insurance Co. v. Sisters of the Presentation*, 430 F.2d 759 (1970).

ces politiques. L’arrêt *Macaura* ne doit plus être suivi. Si un assuré peut démontrer l’existence «d’un rapport ou d’un lien quelconque avec le bien assuré, rapport ou lien que la survenance des périls couverts par l’assurance peut toucher à un point tel que cela cause un dommage, un tort ou un préjudice à l’assuré», il faut reconnaître à cet assuré un intérêt suffisant. Avoir «une certitude morale de retirer un avantage ou un bénéfice» «abstraction faite de ces risques ou dangers» ou «être à l’égard [de la chose assurée] dans une situation où l’on bénéficiera de son existence et où l’on subira un préjudice si elle est détruite» signifie avoir un intérêt assurable dans la chose en question.

Le juge McIntyre: La règle de l’arrêt *Macaura* oblige à conclure que l’actionnaire ou l’administrateur unique d’une société ne pouvait avoir un intérêt assurable dans l’actif de cette société. Le droit des compagnies en vigueur de nos jours permet maintenant la création de sociétés ne comptant qu’un seul actionnaire. L’identité qui résulte alors entre la société et cet actionnaire et administrateur unique est telle qu’il est possible de conclure que l’actionnaire unique a un intérêt assurable dans l’actif de la société.

^e Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

^f **Arrêts non suivis:** *Macaura v. Northern Assurance Co.*, [1925] A.C. 619; *Guarantee Co. of North America v. Aqua-Land Exploration Ltd.*, [1966] R.C.S. 133, infirmant (1964), 44 D.L.R. (2d) 645; *Wandlyn Motels Ltd. c. Commerce General Insurance Co.*, [1970] R.C.S. 992; *Clark v. Scottish Imperial Insurance Co.* (1879), 4 R.C.S. 192; **arrêt examiné:** *Lucena v. Craufurd* (1806), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 269, 127 E.R. 630; **arrêts mentionnés:** *American Indemnity Co. v. Southern Missionary College*, 260 S.W.2d 269 (1953); *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Associated Portland Cement Manufacturers (1910), Ltd. v. Ashton*, [1915] 2 K.B. 1; *Patterson v. Harris* (1861), 1 B. & S. 336, 121 E.R. 740; *Wilson v. Jones* (1867), L.R. 2 Ex. 139; *Blascheck v. Bussell* (1916), 33 T.L.R. 51; *Stock v. Inglis* (1884), 12 Q.B.D. 564; *Zimmerman v. St. Paul Fire & Marine Insurance Co.* (1968), 1 D.L.R. (3d) 277; *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. Traynor*, [1972] N.Z.L.R. 504; *Keefer v. Phoenix Insurance Co.* (1901), 31 R.C.S. 144; *Van Cure v. Hartford Fire Insurance Co.*, 253 A.2d 663 (1969); *Pacific National Fire Insurance Co. v. Watts*, 97 So.2d 797 (1957); *Royal Insurance Co. v. Sisters of the Presentation*, 430 F.2d 759 (1970).

By McIntyre J.

Referred to: *Macaura v. Northern Assurance Co.*, [1925] A.C. 619; *Lucena v. Craufurd* (1806), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 269, 127 E.R. 630.

Statutes and Regulations Cited

Business Corporations Act, 1982, S.O. 1982, c. 4, s. 134(1)(b), 184, 186, 187, 188, 189, 244(b)(iii), 245, 247(1), (2).

California Insurance Code, para. 281.

Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 218, s. 125, stat. con. 1, stat. con. 2.

Life Insurance Act, 14 Geo. 3, c. 48.

Louisiana Insurance Code, R.S. 22:614, para. 614(B).

Marine Insurance Act, 19 Geo. 2, c. 37.

New York Insurance Law, art. 34, para. 3401.

Utah Insurance Code, s. 31A-21-104(2)(b).

Wisconsin Insurance Code, s. 631.07.

Authors Cited

Baer, Marvin G. "Annotation" (1983), 1 *C.C.L.I.* 83.

Baer, Marvin G. "Recent Developments in Canadian Law: Insurance Law" (1985), 17 *Ottawa Law Rev.* 631.

Brown, Craig and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*. Toronto: Carswells, 1982.

Campbell, A. J. "Some Aspects of Insurable Interest" (1949), 27 *Can. Bar Rev.* 1.

Colinvaux, Raoul. *The Law of Insurance*, 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 1984.

Couch, George James. *Cyclopedia of Insurance Law*, vol. 3, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1984.

Gower, L. C. B. *Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.

Harnett, Bertram and John V. Thornton. "Insurable Interest in Property: A Socio-Economic Reevaluation of a Legal Concept", 48 *Columbia Law Rev.* 1162 (1948).

Hasson, Reuben A. "Reform of the Law Relating to Insurable Interest in Property—Some Thoughts on *Chadwick v. Gibraltar General Insurance*" (1983-84), 8 *Can. Bus. L. J.* 114.

Kahn-Freund, O. "Some Reflections on Company Law Reform" (1944), 7 *M.L.R.* 54.

Keeton, Robert. *Basic Text on Insurance Law*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1971.

McLeod, Rod M. "*Aqua-Land Exploration Ltd. v. Guarantee Co. of North America et al.*: Insurable Interest in an Indemnity Policy" (1966), 24 *U. of T. Fac. Law Rev.* 154.

Ninth Decennial Digest, vol. 21. Part 1, American Digest System 1976-81. "Insurance". St. Paul, Minn.:

Citée par le juge McIntyre

Arrêts mentionnés: *Macaura v. Northern Assurance Co.*, [1925] A.C. 619; *Lucena v. Craufurd* (1806), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 269, 127 E.R. 630.

Lois et règlements cités

California Insurance Code, par. 281.

Insurance Act, R.S.O. 1980, chap. 218, art. 125, stat. con. 1, stat. con. 2.

Life Insurance Act, 14 Geo. 3, chap. 48.

Loi de 1982 sur les compagnies, L.O. 1982, chap. 4, art. 134(1)(b), 184, 186, 187, 188, 189, 244(b)(iii), 245, 247(1), (2).

Louisiana Insurance Code, R.S. 22:614, par. 614(B).

Marine Insurance Act, 19 Geo. 2, chap. 37.

New York Insurance Law, art. 34, par. 3401.

Utah Insurance Code, art. 31A-21-104(2)(b).

Wisconsin Insurance Code, art. 631.07.

Doctrine citée

Baer, Marvin G. «Annotation» (1983), 1 *C.C.L.I.* 83.

Baer, Marvin G. «Recent Developments in Canadian Law: Insurance Law» (1985), 17 *Ottawa Law Rev.* 631.

Brown, Craig and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*. Toronto: Carswells, 1982.

Campbell, A. J. «Some Aspects of Insurable Interest» (1949), 27 *R. du B. can.* 1.

Colinvaux, Raoul. *The Law of Insurance*, 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 1984.

Couch, George James. *Cyclopedia of Insurance Law*, vol. 3, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1984.

Gower, L. C. B. *Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.

Harnett, Bertram and John V. Thornton. «Insurable Interest in Property: A Socio-Economic Reevaluation of a Legal Concept», 48 *Columbia Law Rev.* 1162 (1948).

Hasson, Reuben A. «Reform of the Law Relating to Insurable Interest in Property—Some Thoughts on *Chadwick v. Gibraltar General Insurance*» (1983-84), 8 *Can. Bus. L. J.* 114.

Kahn-Freund, O. «Some Reflections on Company Law Reform» (1944), 7 *M.L.R.* 54.

Keeton, Robert. *Basic Text on Insurance Law*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1971.

McLeod, Rod M. «*Aqua-Land Exploration Ltd. v. Guarantee Co. of North America et al.*: Insurable Interest in an Indemnity Policy» (1966), 24 *U. of T. Fac. Law Rev.* 154.

Ninth Decennial Digest, vol. 21. Part 1, American Digest System 1976-81. «Insurance». St. Paul, Minn.:

West Publishing Co., 1983.

Sutton, K. C. T. *Insurance Law in Australia and New Zealand*. Sydney: Law Book Co., 1980.

Ziegel, Jacob S. "Shareholder's Insurable Interest—Another Attempt to Scuttle the *Macaura v. Northern Assurance Co.* Doctrine: *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*" (1984), 62 *Can. Bar Rev.* 95.

APPEAL AND CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 149 D.L.R. (3d) 77, 42 O.R. (2d) 428, [1983] I.L.R. para. 1-1660 dismissing the insurers' appeal and Kosmopoulos' cross-appeal (against the insurance agency) from a judgment of R. E. Holland J., [1981] I.L.R. para. 1-1449, in favour of Kosmopoulos in an action on a fire insurance policy. Appeal and cross-appeal dismissed.

Ronald J. Rolls, Q.C., for the appellants.

W. P. Somers, Q.C., and *Christine Mauro*, for the respondents.

V. R. P. Bersenas, for the cross-respondents.

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

WILSON J.—The issue in this appeal is whether a sole shareholder of a corporation has an insurable interest in the assets of that corporation. The traditional view is that a sole shareholder has neither the legal nor the equitable interest in the corporate assets required for a valid insurance on those assets: *Macaura v. Northern Assurance Co.*, [1925] A.C. 619 (H.L.) In examining the issue it will be necessary to consider first whether *Macaura* would provide the insurers with a valid defence in this case and, if so, whether *Macaura* is or should continue to be the law in Ontario.

1. The Facts

On February 7, 1972, the respondent, Andreas Kosmopoulos, entered into a commercial lease for premises located in the City of Toronto. From these premises he operated a business of manufacturing and selling leather goods under the name of

West Publishing Co., 1983.

Sutton, K. C. T. *Insurance Law in Australia and New Zealand*. Sydney: Law Book Co., 1980.

Ziegel, Jacob S. «Shareholder's Insurable Interest—Another Attempt to Scuttle the *Macaura v. Northern Assurance Co.* Doctrine: *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*» (1984), 62 *R. du B. can.* 95.

POURVOI ET POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 149 D.L.R. (3d) 77, 42 O.R. (2d) 428, [1983] I.L.R. par. 1-1660, qui a rejeté l'appel des assureurs et l'appel incident de Kosmopoulos (interjeté contre l'agence d'assurances) attaquant une décision que le juge R. E. Holland, [1981] I.L.R. par. 1-1449, a rendue en faveur de Kosmopoulos dans une action fondée sur une police d'assurance contre l'incendie. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Ronald J. Rolls, c.r., pour les appelantes.

W. P. Somers, c.r., et *Christine Mauro*, pour les intimés.

V. R. P. Bersenas, pour les intimés dans le pourvoi incident.

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

LE JUGE WILSON—Ce pourvoi soulève la question de savoir si l'actionnaire unique d'une société a un intérêt assurable dans l'actif de celle-ci. Selon le point de vue traditionnel, l'actionnaire unique n'a pas dans l'actif de la société l'intérêt en *common law* ou en *equity* qu'il lui faut pour obtenir une assurance valide sur les biens composant cet actif: *Macaura v. Northern Assurance Co.*, [1925] A.C. 619 (H.L.) En examinant cette question, il sera d'abord nécessaire de se demander si, en l'espèce, l'arrêt *Macaura* offre aux assureurs un moyen de défense valable et, dans l'affirmative, si l'arrêt *Macaura* s'applique ou doit continuer à s'appliquer en Ontario.

1. Les faits

Le 7 février 1972, l'intimé, Andreas Kosmopoulos, a conclu un bail commercial portant sur des locaux situés dans la ville de Toronto. Dans ces locaux, il a exploité sous le nom de Spring Leather Goods une entreprise de fabrication et de vente

Spring Leather Goods. This business was carried on as a sole proprietorship.

On the advice of his solicitor Mr. Kosmopoulos incorporated Kosmopoulos Leather Goods Limited ("the company") in order to protect his personal assets. Mr. Kosmopoulos was the sole shareholder and director of the company. Even though the business was thereafter technically carried on through the limited company, Mr. Kosmopoulos always thought that he owned the store and its assets. Virtually all the documentation required in the business, including bank accounts, sales tax permits and hydro and telephone accounts, made no reference to the company but rather to "Andreas Kosmopoulos carrying on business as Spring Leather Goods" (or some similar phrase). Although Mr. Kosmopoulos' solicitor tried to obtain the approval of the landlord to an assignment of the lease of the premises from Mr. Kosmopoulos to the company, this approval was never obtained. The lessee at all material times was Mr. Kosmopoulos and not the company.

Soon after Mr. Kosmopoulos started conducting his business in the leased premises he contacted the respondent, Aristides Roussakis, in order to obtain insurance for the contents of the business premises. The respondents, Aristides Roussakis and Art Roussakis Insurance Agency Limited ("the insurance agency"), obtained a fire insurance policy with the General Accident Group for coverage from March 14, 1972 to March 14, 1975. Even though the insurance agency was well aware of the fact that the business was being carried on by an incorporated company, the insured was described on the policy as "Andreas Kosmopoulos O/A Spring Leather Goods". This policy was renewed but expired before the date of the loss and was replaced with subscription policies issued by Simcoe-Bay Group and Commercial Insurance Company. The appellant insurance companies are subscribing companies to the two replacement policies. Both of the replacement policies showed the insured as "Andreas Kosmopoulos O/A Spring Leather Goods".

d'articles de cuir. Il s'agissait d'une entreprise individuelle.

Sur le conseil de son avocat, M. Kosmopoulos a constitué la société Kosmopoulos Leather Goods Limited («la société») afin de protéger ses biens personnels. Monsieur Kosmopoulos était l'actionnaire et l'administrateur unique de cette société. Bien que, par la suite, l'entreprise fût en théorie exploitée par la société à responsabilité limitée, M. Kosmopoulos a toujours cru que c'était lui le propriétaire du commerce et de son actif. La quasi-totalité des documents requis pour l'exploitation de l'entreprise, dont les comptes bancaires, les permis de taxe de vente et les comptes d'électricité et de téléphone, mentionnaient non pas la société, mais plutôt [TRADUCTION] «Andreas Kosmopoulos faisant affaire sous le nom de Spring Leather Goods» (ou quelque chose du genre). C'est en vain que l'avocat de M. Kosmopoulos a essayé d'amener le propriétaire à consentir à céder le bail des locaux à la société. Le locataire à toutes les époques pertinentes était donc M. Kosmopoulos et non la société.

Peu après avoir commencé à exploiter l'entreprise dans les locaux loués, M. Kosmopoulos a communiqué avec l'intimé, Aristides Roussakis, en vue de faire assurer les biens se trouvant dans lesdits locaux. Les intimés, Aristides Roussakis et Art Roussakis Insurance Agency Limited («l'agence d'assurances») ont obtenu auprès de General Accident Group une police d'assurance contre l'incendie pour la période du 14 mars 1972 au 14 mars 1975. Quoique l'agence d'assurances ait su pertinemment qu'il s'agissait d'une entreprise exploitée par une société commerciale, l'assuré était décrit dans la police comme [TRADUCTION] «Andreas Kosmopoulos faisant affaire sous le nom de Spring Leather Goods». Cette police, renouvelée mais venue à expiration avant la date du sinistre, fut remplacée par des polices de coassurance établies par Simcoe-Bay Group et Commercial Insurance Company. Les compagnies d'assurances appelantes sont signataires des deux polices de remplacement, d'après lesquelles l'assuré est [TRADUCTION] «Andreas Kosmopoulos faisant affaire sous le nom de Spring Leather Goods».

On May 24, 1977 a fire broke out in the adjoining premises and caused fire, water and smoke damage to the assets of the company and to the rented premises. Mr. Kosmopoulos filed proofs of loss under the replacement policies on December 6, 1977 but the appellant companies refused payment and the present action was commenced.

2. The Courts Below

On October 29, 1981 R. E. Holland J. of the Supreme Court of Ontario held that Mr. Kosmopoulos was the tenant of the premises in which the business was carried on. Therefore, on established authority, he had an insurable interest in the leasehold improvements and damage to these totalled \$1,699.26.

Holland J. also observed that on established authority Mr. Kosmopoulos could not recover for the destruction of the assets of the business because these were owned by the company which he had incorporated. But he held that the source of that principle, *Macaura v. Northern Assurance Co.*, *supra*, could be distinguished because in this case the company was a mere "fiction" which had nothing to do with the risk that was underwritten. Mr. Kosmopoulos was therefore held to have an insurable interest and judgment was given in his favour against the appellant companies for the total amount of \$68,726.26, plus interest.

Mr. Kosmopoulos also claimed against the insurance agency. Holland J. found the agency liable for undertaking to see that the patterns which were destroyed in the fire were insured. Judgment was given in favour of Mr. Kosmopoulos for \$2,500 which was the value of the patterns. Had he found that Mr. Kosmopoulos had no insurable interest Holland J. would have found the insurance agency fully liable for the loss because it was put on inquiry to obtain the correct name of the insured and was negligent in failing to do so.

On June 8, 1983 the Court of Appeal of Ontario dismissed the insurers' appeals and Mr. Kos-

Le 24 mai 1977, un incendie s'est déclaré dans les locaux attenants, occasionnant aux locaux loués et aux biens de la société des dommages dus au feu, à l'eau et à la fumée. Monsieur Kosmopoulos a produit, le 6 décembre 1977, des preuves de sinistre en vertu des polices de remplacement, mais les sociétés appelantes ont refusé tout paiement, d'où la présente action.

b 2. Les tribunaux d'instance inférieure

Le 29 octobre 1981, le juge R. E. Holland de la Cour suprême de l'Ontario a conclu que M. Kosmopoulos était le locataire des locaux où l'entreprise était exploitée. Par conséquent, d'après la jurisprudence établie, il avait un intérêt assurable dans les améliorations locatives qui ont subi des dommages s'élevant en tout à 1 699,26 \$.

Le juge Holland a également fait remarquer que, d'après la jurisprudence établie, M. Kosmopoulos ne pouvait pas se faire indemniser pour la destruction des biens de l'entreprise parce que ceux-ci appartenaient à la société qu'il avait constituée. Le juge Holland a toutefois estimé qu'une distinction pouvait être faite d'avec l'arrêt *Macaura v. Northern Assurance Co.*, précité, qui pose ce principe, car la société dont il est question en l'espèce n'est qu'une [TRADUCTION] «fiction» qui n'a rien à voir avec le risque assuré. Il a donc conclu que M. Kosmopoulos avait un intérêt assurable et a rendu en sa faveur un jugement condamnant les sociétés appelantes à lui payer la somme totale de 68 726,26 \$, plus les intérêts.

M. Kosmopoulos a également exercé un recours contre l'agence d'assurances. Selon le juge Holland, l'agence était responsable parce qu'elle s'était engagée à veiller à ce que les patrons détruits dans l'incendie soient assurés. Il a accordé à M. Kosmopoulos la somme de 2 500 \$ qui représentait la valeur des patrons. S'il avait conclu que M. Kosmopoulos n'avait pas d'intérêt assurable, le juge Holland aurait déclaré l'agence d'assurances entièrement responsable de la perte parce qu'il lui incombait de s'informer du nom exact de l'assuré et que son omission de le faire constituait de la négligence.

Le 8 juin 1983, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté les appels des assureurs ainsi que l'appel

mopoulos' cross-appeal against the insurance agency. Zuber J.A., MacKinnon A.C.J.O. and Brooke J.A. concurring, considered whether the Court of Appeal was bound to accept *Macaura* as the law in Ontario in light of the decisions of this Court in *Guarantee Co. of North America v. Aqua-Land Exploration Ltd.*, [1966] S.C.R. 133, and *Wandlyn Motels Ltd. v. Commerce General Insurance Co.*, [1970] S.C.R. 992. After examining these decisions, Zuber J.A. concluded:

... the Supreme Court of Canada has accepted the rule in *Macaura* only to the extent that it needed to do to decide the *Aqua-Land* case, i.e., that one shareholder of three had no insurable interest in the assets of the corporation. Therefore, the issue of whether a sole shareholder has an insurable interest in the assets of the corporation, in my view, remains open in this province.

He then went on to point out that in the days when both the federal and provincial legislation required a company to have more than one shareholder the issue was of little significance. But now that single shareholders and single directors are possible under both the Canada and Ontario Business Corporations Acts it has assumed new importance. He saw no reason to impose "the rigidity of the *Macaura* rule on this recent development in company law". He then referred to *American Indemnity Co. v. Southern Missionary College*, 260 S.W.2d 269 (Tenn. 1953) in which a parent company was held to have an insurable interest in the assets of its subsidiary and in particular the following passage from the judgment of Neil C.J., at p. 272:

We think the two corporations are separate entities, but their existence as such is a mere fiction of the law. The subordinate corporation does the bidding of its parent down to the minutest detail. The domination of the parent over its offspring was so complete as to make them practically indistinguishable except in name. There can be no other reasonable conclusion from the admitted facts but that Mercentile Enterprises was an agency or instrumentality of the complainant, and all property

incident interjeté par M. Kosmopoulos contre l'agence d'assurances. Le juge Zuber, à l'avis duquel ont souscrit le juge en chef adjoint MacKinnon et le juge Brooke, a examiné si, compte tenu des arrêts de cette Cour *Guarantee Co. of North America v. Aqua-Land Exploration Ltd.*, [1966] R.C.S. 133, et *Wandlyn Motels Ltd. c. Commerce General Insurance Co.*, [1970] R.C.S. 992, la Cour d'appel était tenue d'accepter l'arrêt *Macaura* comme applicable en Ontario. Après avoir examiné ces arrêts, le juge Zuber a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] ... la Cour suprême du Canada n'a accepté la règle posée dans l'arrêt *Macaura* que dans la mesure où elle était nécessaire pour trancher l'affaire *Aqua-Land*, c.-à-d. pour conclure qu'un des trois actionnaires n'avait pas d'intérêt assurable dans l'actif de la société. Par conséquent, je crois que la question de savoir si un actionnaire unique a un intérêt assurable dans l'actif d'une société demeure entière dans cette province.

Puis il a souligné qu'à l'époque où les lois tant fédérale que provinciale exigeaient qu'une société ait plus d'un actionnaire la question avait peu d'importance. Mais maintenant qu'il est possible d'avoir un seul actionnaire et un seul administrateur en vertu des lois sur les compagnies de l'Ontario et du fédéral, la question a revêtu une importance sans précédent. Le juge Zuber ne voyait aucune raison d'assujettir [TRADUCTION] «à la rigidité de la règle formulée dans l'arrêt *Macaura* ce changement récent en droit des compagnies». Il s'est référé ensuite à l'affaire *American Indemnity Co. v. Southern Missionary College*, 260 S.W.2d 269 (Tenn. 1953), dans laquelle on a conclu qu'une société mère avait un intérêt assurable dans l'actif de sa filiale. Le juge Zuber a insisté particulièrement sur le passage suivant tiré des motifs du juge en chef Neil, à la p. 272:

[TRADUCTION] Nous estimons que les deux sociétés constituent des entités distinctes, mais que leur existence en tant que telles n'est qu'une fiction juridique. La société subordonnée suit rigoureusement les directives de la société mère. L'empire de cette dernière sur sa filiale est à ce point complet qu'il est pratiquement impossible de distinguer l'une de l'autre, si ce n'est par leurs noms. La seule conclusion raisonnable qui peut être tirée des faits reconnus est que Mercentile Enterprises était le

including the money burglarized was in reality the property of the latter, subject of course to the claims of creditors of the former.

In effect, Neil C.J. “lifted the corporate veil” in order to find an insurable interest.

On November 21, 1983 this Court granted the insurers leave to appeal and granted Mr. Kosmopoulos and Kosmopoulos Leather Goods Limited leave to cross-appeal.

3. The Issue

Counsel for the appellant insurance companies submit that Mr. Kosmopoulos as sole shareholder had no legal or equitable interest in the company’s assets. They urge the Court to follow *Macaura*. Counsel for the respondents argue that the corporate veil should be lifted and, when this is done, it becomes clear that the company’s property was, in law, the property of Mr. Kosmopoulos. The *Macaura* case therefore provides no defence of lack of insurable interest to the insurers. Alternatively, it is submitted by the respondents that Mr. Kosmopoulos had an insurable interest as bailee of the company’s assets. Finally, the respondents urge that this Court should no longer follow *Macaura*. I shall deal with the respondents’ submissions in order.

(a) “*Lifting the Corporate Veil*”

As a general rule a corporation is a legal entity distinct from its shareholders: *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.) The law on when a court may disregard this principle by “lifting the corporate veil” and regarding the company as a mere “agent” or “puppet” of its controlling shareholder or parent corporation follows no consistent principle. The best that can be said is that the “separate entities” principle is not enforced when it would yield a result “too flagrantly opposed to justice, convenience or the interests of the Revenue”: L. C. B. Gower, *Modern Company Law* (4th ed. 1979), at p. 112. I have no

mandataire ou l’instrument de la plaignante et que tous les biens, y compris l’argent volé, appartenaient en réalité à cette dernière, sous réserve évidemment des réclamations des créanciers de Mercantile Enterprises.

En réalité, le juge en chef Neil a [TRADUCTION] «fait abstraction de la personnalité morale» afin de pouvoir conclure à l’existence d’un intérêt assurable.

Le 21 novembre 1983, cette Cour a accordé aux assureurs l’autorisation de se pourvoir et, à M. Kosmopoulos et à Kosmopoulos Leather Goods Limited, l’autorisation de former un pourvoi incident.

3. La question en litige

Les avocats des compagnies d’assurances appelantes prétendent que M. Kosmopoulos en tant qu’actionnaire unique n’avait aucun intérêt ni en *common law* ni en *equity* dans l’actif de la société. Ils demandent à la Cour de suivre l’arrêt *Macaura*. L’avocat des intimés soutient pour sa part qu’il faut faire abstraction de la personnalité morale et que, lorsqu’on le fait, il devient évident que les biens de la société appartenaient en droit à M. Kosmopoulos. L’arrêt *Macaura* n’offre donc aux assureurs aucun moyen de défense fondé sur l’absence d’un intérêt assurable. Les intimés allèguent à titre subsidiaire que M. Kosmopoulos avait un intérêt assurable en tant que dépositaire des biens de la société. Finalement, les intimés font valoir que cette Cour ne devrait plus suivre l’arrêt *Macaura*. J’examinerai dans l’ordre les arguments des intimés.

a) «*Faire abstraction de la personnalité morale*»

En règle générale, une société est une entité juridique distincte de ses actionnaires: *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.) Aucune règle uniforme n’a été appliquée à la question de savoir dans quelles circonstances un tribunal peut déroger à ce principe en «faisant abstraction de la personnalité morale» et en considérant la société comme un simple «mandataire» ou «instrument» de son actionnaire majoritaire ou de sa société mère. En mettant les choses au mieux, tout ce qu’on peut dire est que le principe des «entités distinctes» n’est pas appliqué lorsqu’il entraînerait un résultat [TRADUCTION] «trop nettement en conflit avec la

doubt that theoretically the veil could be lifted in this case to do justice, as was done in *American Indemnity Co. v. Southern Missionary College, supra*, cited by the Court of Appeal of Ontario. But a number of factors lead me to think it would be unwise to do so.

There is a persuasive argument that “those who have chosen the benefits of incorporation must bear the corresponding burdens, so that if the veil is to be lifted at all that should only be done in the interests of third parties who would otherwise suffer as a result of that choice”: Gower, *supra*, at p. 138. Mr. Kosmopoulos was advised by a competent solicitor to incorporate his business in order to protect his personal assets and there is nothing in the evidence to indicate that his decision to secure the benefits of incorporation was not a genuine one. Having chosen to receive the benefits of incorporation, he should not be allowed to escape its burdens. He should not be permitted to “blow hot and cold” at the same time.

I am mindful too of this Court’s decision in the *Aqua-Land Exploration Ltd.* case, *supra*, in which the Court did not “lift the veil” in order to find that one of three shareholders in a corporation had an insurable interest in its asset. So also in the *Wandlyn Motels Ltd.* case, *supra*, the Court refused to regard a motel owned by a man who held all but two of the shares of the insured, Wandlyn Motels Ltd., as the property of that corporation. If the corporate veil were to be lifted in this case, then a very arbitrary and, in my view, indefensible distinction might emerge between companies with more than one shareholder and companies with only one shareholder: for a recent comment on the arbitrary and technical distinctions that would be created by lifting the corporate veil in this case, see Jacob S. Ziegel, “Shareholder’s Insurable Interest—Another Attempt to Scuttle the *Macaura v. Northern Assurance Co.* Doc-

justice, la commodité ou les intérêts du fisc»: L. C. B. Gower, *Modern Company Law* (4th ed. 1979), à la p. 112. Je n’ai aucun doute qu’en théorie on pourrait, dans la présente affaire, faire abstraction de la personnalité morale afin que justice soit rendue, comme cela a été fait dans l’arrêt *American Indemnity Co. v. Southern Missionary College*, précité, auquel s’est référée la Cour d’appel de l’Ontario. Un certain nombre de considérations m’amènent cependant à croire qu’il ne serait pas sage de le faire.

Il y a un argument convaincant selon lequel [TRADUCTION] «quiconque choisit de profiter des avantages qu’offre la constitution en société doit aussi en supporter les inconvénients, de sorte que, si jamais on doit faire abstraction de la personnalité morale, ce ne doit être que dans l’intérêt de tiers à qui, sans cela, ce choix porterait préjudice»: Gower, précité, à la p. 138. Un avocat compétent a conseillé à M. Kosmopoulos de constituer son entreprise en société afin de protéger ses biens personnels et rien dans la preuve n’indique que sa décision de profiter des avantages qu’offre la constitution en société n’était pas sincère. Ayant opté pour les avantages de la constitution en société, il ne devrait pas lui être permis de se soustraire à ses désavantages. Il ne devrait pas lui être loisible de «jouer sur les deux tableaux» en même temps.

Je suis consciente également de l’arrêt *Aqua-Land Exploration Ltd.*, précité, dans lequel cette Cour n’a pas «fait abstraction de la personnalité morale» pour conclure qu’un des trois actionnaires d’une société possédait un intérêt assurable dans l’actif de celle-ci. De même, dans l’arrêt *Wandlyn Motels Ltd.*, précité, la Cour a refusé de considérer un motel appartenant à un homme qui détenait toutes les actions, sauf deux, de l’assurée, Wandlyn Motels Ltd., comme la propriété de cette société. Si l’on devait faire abstraction de la personnalité morale en l’espèce, il pourrait alors surgir une distinction très arbitraire et, à mon avis, indéfendable, entre les sociétés ayant plus d’un actionnaire et celles qui comptent un seul actionnaire: pour un commentaire récent sur les distinctions arbitraires et techniques qui résulteraient si l’on faisait abstraction de la personnalité morale en l’espèce, voir Jacob S. Ziegel, “Shareholder’s

trine: *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*" (1984), 62 *Can. Bar Rev.* 95, at pp. 102-03. In addition, it is my view that if the application of a rule leads to harsh justice, the proper course to follow is to examine the rule itself rather than affirm it and attempt to ameliorate its ill effects on a case-by-case basis.

For all these reasons, I would not lift the corporate veil in this case. The company was a legal entity distinct from Mr. Kosmopoulos. It, and not Mr. Kosmopoulos, legally owned the assets of the business.

(b) *Mr. Kosmopoulos as Bailee*

It is submitted by counsel for the respondents that Mr. Kosmopoulos was in possession and control of the stock and merchandise of the corporation and was responsible for its safekeeping. This was said to make Mr. Kosmopoulos a bailee of the assets for the corporation and to give him an insurable interest. But there does not appear to be any evidence of an express bailment. If Mr. Kosmopoulos possessed and controlled the property of the corporation merely by virtue of his being director and senior employee of the corporation, his possession and control would be that of the corporation. Indeed, there is authority to the effect that a servant cannot, except in exceptional circumstances, be a bailee of his master's goods: *Associated Portland Cement Manufacturers (1910), Ltd. v. Ashton*, [1915] 2 K.B. 1. A bailment cannot exist if the bailor still has possession and control of the items alleged to be bailed. To assert that Mr. Kosmopoulos possessed and controlled the property in his personal capacity would be to lift the veil and regard Mr. Kosmopoulos as separate and distinct from the company rather than as its director and senior employee. For the reasons I have given I would not lift the corporate veil in this case. Accordingly, I find no merit in the bailment argument.

I would conclude, therefore, that Mr. Kosmopoulos was a sole shareholder with neither a

Insurable Interest—Another Attempt to Scuttle the *Macaura v. Northern Assurance Co.* Doctrine: *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*" (1984), 62 *R. du B. can.* 95, aux pp. 102 et 103.

^a De plus, j'estime que, si l'application d'une règle mène à une justice dure, la bonne marche à suivre est d'examiner la règle elle-même plutôt que de la confirmer et de tenter d'atténuer ses mauvais effets cas par cas.

^b Pour toutes ces raisons, je suis d'avis de ne pas faire abstraction de la personnalité morale en l'espèce. La société était une entité juridique distincte de M. Kosmopoulos. Du point de vue juridique, c'était à elle et non à M. Kosmopoulos qu'appartenait l'actif de l'entreprise.

b) *M. Kosmopoulos en tant que dépositaire*

^d L'avocat des intimés soutient que M. Kosmopoulos avait la possession et le contrôle du stock et des marchandises de la société et que c'est lui qui en avait la garde. On prétend que cela faisait de M. Kosmopoulos le dépositaire de ces biens et lui conférait un intérêt assurable. Toutefois, d'après la preuve, il ne paraît y avoir aucun contrat exprès de dépôt. Si M. Kosmopoulos possédait et contrôlait les biens de la société du simple fait de sa qualité d'administrateur et de cadre supérieur de la société, sa possession et son contrôle seraient ceux de la société. Il existe en fait un précédent établissant qu'un employé ne peut être dépositaire des biens de son employeur que dans des circonstances exceptionnelles: *Associated Portland Cement Manufacturers (1910), Ltd. v. Ashton*, [1915] 2 K.B. 1. Il ne peut pas y avoir de dépôt si le déposant continue d'avoir la possession et le contrôle des articles qui sont censés faire l'objet du dépôt. Affirmer que M. Kosmopoulos possédait et contrôlait les biens à titre personnel reviendrait à faire abstraction de la personnalité morale et à le considérer comme séparé et distinct de la société plutôt que comme son administrateur et cadre supérieur. Pour les raisons déjà exposées, je suis d'avis de ne pas faire abstraction de la personnalité morale en l'espèce. Par conséquent, je juge mal fondé l'argument relatif à l'existence d'un dépôt.

^j Je conclus donc que M. Kosmopoulos était un actionnaire unique dépourvu de tout intérêt en

legal nor an equitable interest in the assets of the company. If *Macaura* is presently the law in Ontario and should continue to be the law in Ontario, then the defence of lack of insurable interest must succeed. It is to that question that I now turn.

(c) *The Macaura Principle*

A review of the *Macaura* principle requires, I believe, some analysis of the background against which the decision was made, an examination of the decision itself and of the way in which it has been applied in Canada.

Over a century before the House of Lords decided *Macaura*, it had considered the nature of an insurable interest in *Lucena v. Craufurd* (1806), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 269, 127 E.R. 630. In that case the Royal Commissioners had obtained policies of insurance on several ships and their cargos. During a voyage from the United Provinces several of the ships were lost at sea before reaching a British port. The Royal Commissioners argued (in the first count) that an Act of Parliament, which authorized them in time of war to take possession of ships and cargos belonging to inhabitants of the United Provinces and detained in or brought to British ports, gave them sufficient interest to insure the ships. It was also alleged (in the second count) that the insurance was obtained for the benefit of the Crown and that the Crown had an insurable interest. The House of Lords ordered a new trial because of misdirection of the jury on the first count. At the new trial there was a verdict for the plaintiffs on the second count and this was sustained on appeal. Accordingly, the frequently cited opinions of their Lordships on the nature of an insurable interest were not critical to the ultimate disposition of the case. Nevertheless, these opinions form the *substratum* of the subsequent debate over the nature of an insurable interest.

common law ou en *equity* dans l'actif de la société. Si l'arrêt *Macaura* s'applique actuellement en Ontario et doit continuer à s'appliquer, alors le moyen de défense fondé sur l'absence d'un intérêt assurable doit être retenu. C'est ce point que j'aborde maintenant.

c) *Le principe de l'arrêt Macaura*

Une étude du principe formulé dans l'arrêt *Macaura* exige, je crois, qu'on analyse quelque peu le contexte dans lequel cet arrêt a été rendu et qu'on procède à un examen de l'arrêt lui-même ainsi que de la manière dont il a été appliqué au Canada.

Plus d'un siècle avant de rendre l'arrêt *Macaura*, la Chambre des lords s'était penchée sur la nature d'un intérêt assurable dans l'affaire *Lucena v. Craufurd* (1806), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 269, 127 E.R. 630. Dans cette affaire, les commissaires royaux avaient obtenu des polices d'assurance garantissant plusieurs navires et leurs cargaisons. Au cours d'un voyage, plusieurs de ces navires, qui étaient partis des Provinces-Unies, ont péri en mer avant de pouvoir gagner un port britannique. Les commissaires royaux ont fait valoir (dans le premier chef) qu'une loi du Parlement les autorisant en temps de guerre à prendre possession de navires et de cargaisons qui appartenaient à des habitants des Provinces-Unies et qui étaient retenus dans des ports britanniques ou y avaient été amenés, leur conférait un intérêt suffisant pour assurer les navires. On a aussi allégué (dans le second chef) que l'assurance avait été obtenue au bénéfice de Sa Majesté et que Sa Majesté avait un intérêt assurable. La Chambre des lords a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que le jury avait reçu des directives erronées relativement au premier chef. Au nouveau procès, un verdict a été rendu en faveur des demandeurs relativement au second chef, lequel verdict a été confirmé en appel. Par conséquent, les opinions, souvent citées, exprimées par les lords juges sur la nature d'un intérêt assurable n'ont pas été déterminantes quant à la décision qu'ils ont finalement rendue dans cette affaire. Ces opinions constituent néanmoins le point de départ du débat subséquent sur la nature d'un intérêt assurable.

Lawrence J. expressed what is now called by academic commentators the “factual expectancy test” at p. 643:

... interest does not necessarily imply a right to the whole, or a part of a thing, nor necessarily and exclusively that which may be the subject of privation, but the having some relation to, or concern in the subject of the insurance, which relation or concern by the happening of the perils insured against may be so affected as to produce a damage, detriment, or prejudice to the person insuring; and where a man is so circumstanced with respect to matters exposed to certain risks or dangers, as to have a moral certainty of advantage or benefit, but for those risks or dangers he may be said to be interested in the safety of the thing. To be interested in the preservation of a thing, is to be so circumstanced with respect to it as to have benefit from its existence, prejudice from its destruction.

To Lawrence J. a moral certainty of profit or loss was a sufficient interest.

Lord Eldon was somewhat nervous of the “moral certainty” test for an insurable interest. He said at p. 650:

This is not a case in which there is any averment of an interest in these commissioners beneficial to themselves, and the question is, Whether the power, or faculty, or right of concern and management which these commissioners might or might not have had, which they would have had if the ships had come into port, and which they might have ceased to have the moment after, be the subject of a legal insurance? Since the 19 Geo. 2 it is clear that the insured must have an interest, whatever we understand by that term. In order to distinguish that intermediate thing between a strict right, or a right derived under a contract, and a mere expectation or hope, which has been termed an insurable interest, it has been said in many cases to be that which amounts to a moral certainty. I have in vain endeavoured however to find a fit definition of that which is between a certainty and an expectation; nor am I able to point out what is an interest unless it be a right in the property, or a right derivable out of some contract about the property, which in either case may be lost upon some contingency affecting the possession or enjoyment of the party. In the 19 Geo. 2, as well as in every other statute and charter relating to insurance, the objects of insurance are plainly described to be ships, cargoes, wares, merchandize, or effects. One or two later statutes mention property; but

Le juge Lawrence a formulé ce que les glossateurs appellent maintenant le [TRADUCTION] «critère de l'attente factuelle», à la p. 643:

[TRADUCTION] ... un intérêt n'emporte pas forcément un droit à la totalité ou à une partie d'une chose, ni ne comprend nécessairement et exclusivement un objet dont on peut être privé; la notion implique plutôt l'existence d'un rapport ou d'un lien quelconque avec le bien assuré, rapport ou lien que la survenance des périls visés par l'assurance peut toucher à un point tel que cela cause un dommage, un tort ou un préjudice à l'assuré; et lorsqu'un homme se trouve, à l'égard de choses exposées à certains risques ou dangers dans une situation où, abstraction faite de ces risques ou dangers, il a une certitude morale d'en retirer un avantage ou un bénéfice, on peut dire qu'il a intérêt à ce que l'article en question soit en sécurité. Avoir intérêt à ce qu'une chose soit préservée signifie être, à l'égard de cette chose, dans une situation où l'on bénéficiera de son existence et où l'on subira un préjudice si elle est détruite.

Pour le juge Lawrence, une certitude morale de profit ou de perte représentait un intérêt suffisant.

Pour sa part, lord Eldon était quelque peu préoccupé par le recours au critère de la «certitude morale» pour déterminer s'il y avait un intérêt assurable. Il a dit, à la p. 650:

[TRADUCTION] On ne prétend pas en l'espèce que les commissaires possédaient un intérêt qui leur conférerait un bénéfice quelconque et la question est donc de savoir si le pouvoir ou la faculté, ou le droit d'intervention ou de gestion que ces commissaires ont pu avoir ou ne pas avoir, qu'ils auraient eu si les navires étaient entrés au port, et qu'ils auraient pu cesser d'avoir immédiatement après, était légalement assurable. Or, depuis la loi 19 Geo. 2, il est clair que l'assuré doit avoir un intérêt, quel que soit le sens qu'on peut donner à ce mot. Pour distinguer ce qui constitue le moyen terme entre un droit au sens strict ou un droit découlant d'un contrat et une simple attente ou espérance, et qu'on a désigné sous le nom d'intérêt assurable, on a dit à maintes reprises qu'il équivaut à une certitude morale. C'est toutefois en vain que j'ai tenté de découvrir une définition convenable de ce qui se situe entre une certitude et une attente; je ne suis pas non plus capable de dire ce qui constitue un intérêt, à moins que ce ne soit un droit sur le bien ou un droit pouvant dériver d'un contrat quelconque portant sur le bien, droit qui, dans un cas comme dans l'autre, peut être perdu par celui qui en bénéficie dès que se réalise quelque événement inattendu affectant sa possession ou sa jouissance. La loi 19 Geo. 2, ainsi que toutes les autres lois et chartes en matière d'assurance, préci-

as to expectation of profits and some other species of interest which have been insured in later times, there is nothing to show that they were considered as insurable. I do not wish that certain decisions which have taken place since the 19 Geo. 2 should be now disturbed, but considering the caution with which the Legislature has provided against gambling by insurances upon fanciful property, one should not wish to see the doctrines of those cases carried further, unless they can be shown to be bottomed in principles less exceptionable than they would be found to be upon closer investigation.

Because he required a legally enforceable right of some kind in order to constitute an insurable interest, he said that, if he had to pronounce on the first count, he would have held that the Act of Parliament did not afford a sufficient legal basis for an insurable interest since the Royal Commissioners acquired no legal rights over the ships until they reached British ports. Besides emphasizing the difficulty of identifying an "intermediate thing" between a legal right and a mere expectation in the passage immediately *supra*, Lord Eldon elsewhere stressed the problem of ascertaining the limit on who could insure. He said at pp. 651-52:

If moral certainty be a ground of insurable interest, there are hundreds, perhaps thousands, who would be entitled to insure. First the dock company, then the dock-master, then the warehouse-keeper, then the porter, then every other person who to a moral certainty would have any thing to do with the property, and of course get something by it.

Before turning to an examination of the later cases which considered the divergent opinions expressed in *Lucena v. Craufurd*, *supra*, it is appropriate at this point to assess the two reasons cited by Lord Eldon in support of his position.

It is interesting that Lord Eldon should have advanced in support of the restrictive definition of

sent bien que les objets assurables sont les navires, les cargaisons, les produits, les marchandises ou les effets. Quelques lois postérieures parlent de biens; mais pour ce qui est de l'attente de profits et de certains autres types d'intérêts qui ont été assurés à des époques plus récentes, il n'y a rien qui prouve qu'ils étaient considérés comme assurables. Je ne tiens pas à modifier maintenant certaines décisions rendues depuis l'adoption de la loi 19 Geo. 2, mais, compte tenu de la mise en garde que le législateur a faite contre le jeu sous la forme d'assurances contractées à l'égard de biens fictifs, il n'est pas à souhaiter que la portée des principes appliqués dans cette jurisprudence soit élargie, à moins qu'on ne puisse démontrer qu'ils reposent sur des notions moins critiquables qu'il ne le semblerait si on les examinait de plus près.

Puisqu'il assujettissait l'existence d'un intérêt assurable à celle d'un droit quelconque que l'on pouvait faire valoir devant des tribunaux, lord Eldon a dit que, s'il avait eu à se prononcer sur le premier chef, il aurait conclu que la loi du Parlement ne constituait pas un fondement juridique suffisant pour qu'il y ait un intérêt assurable parce que les commissaires royaux n'acquerraient de droits sur les navires qu'au moment de leur arrivée dans des ports britanniques. En plus d'insister, dans le passage que je viens de citer, sur la difficulté d'identifier un «moyen terme» entre un droit et une simple attente, lord Eldon souligne ailleurs le problème que pose la détermination de limites en matière d'admissibilité à l'assurance. Il affirme, aux pp. 651 et 652:

[TRADUCTION] Si la certitude morale pouvait servir de fondement à un intérêt assurable, il y en aurait des centaines, voire des milliers, qui auraient le droit de contracter des assurances. Premièrement, la société exploitant les installations portuaires, puis l'officier de port, puis l'entreposeur, puis le porteur, puis toute autre personne qui avec certitude morale aurait un rapport quelconque avec le bien en question et, bien entendu, en bénéficierait de quelque manière.

Avant d'entreprendre une étude de la jurisprudence subséquente dans laquelle on a examiné les opinions divergentes exprimées dans l'arrêt *Lucena v. Craufurd*, précité, il convient ici d'analyser les deux raisons invoquées par lord Eldon à l'appui de sa position.

Il est intéressant que lord Eldon ait avancé à l'appui de la définition restrictive d'un intérêt assu-

insurable interest the virtue of certainty and pointed to the alleged lack of certainty which would, in his view, result from a broader definition. Brown and Menezes, *Insurance Law in Canada* (1982), at p. 84, suggest the very opposite:

After *Macaura*, it is no longer possible to claim merely that one would be adversely affected by the loss; the insured must assert that he owned an interest in the objects destroyed. This provides the illusion of great certainty. Property law is among the most technical and certain segments of the law. This certainty is totally illusory because the new formulation makes no concessions either to the reasons for which insurable interest is a component of insurance law or for commonplace business transactions . . . Assuming that an insurable interest in "things" must mean property, among the simple questions raised are matters such as how does one own a direct interest in property which is not in existence at the time of the contract? Can next season's crops or fluctuating inventory be insured? Are warehousing and other bailee policies subject to the law as set out in *Macaura* so as to limit the right to insure to the bailee's liability to the bailor?

Lawrence J.'s view of insurable interest avoids these problems and, in my view, provides a readily ascertainable standard.

Lord Eldon's concern that a broader definition of insurable interest would lead to too much insurance may also be illusory. Insureds will still have to disclose all material circumstances (see the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, s. 125, stat. con. 1) and declare the nature of their interests (*Insurance Act*, *supra*, s. 125, stat. con. 2) to the insurer in order to enable it to judge the risk to be taken. If the insurer cannot estimate the likelihood of the loss occurring (because, for example, the information is in the hands of third parties) then it does not have to write the policy. It can also protect itself by limiting its liability or it can charge larger premiums. As is stated in a learned article by Bertram Harnett and John V. Thornton, "Insurable Interest in Property: A Socio-Economic Reevaluation of a Legal Concept," 48 *Columbia*

able l'avantage de la certitude et qu'il ait souligné l'incertitude qui, selon lui, résulterait d'une définition plus générale. Brown et Menezes, *Insurance Law in Canada* (1982), à la p. 84, disent exactement le contraire:

[TRADUCTION] Depuis l'arrêt *Macaura*, il n'est plus possible d'alléguer simplement qu'on subirait un préjudice par suite de la perte; en effet, l'assuré doit faire valoir qu'il possédait un intérêt dans les objets détruits. Cela crée l'illusion d'une grande certitude. Le droit des biens est l'un des domaines les plus formalistes et les plus certains du droit. Cette certitude est tout à fait illusoire puisque la nouvelle formulation ne fait aucun compromis ni quant aux raisons pour lesquelles la notion de l'intérêt assurable fait partie du droit des assurances ni quant à celles qui justifient les opérations commerciales ordinaires . . . À supposer qu'il faille entendre par un intérêt assurable dans des «choses» un intérêt dans des biens, parmi les questions simples qui se posent à ce moment-là figurent les suivantes: Comment peut-on posséder un intérêt direct dans un bien qui n'existe pas au moment de la conclusion du contrat? La récolte de la prochaine saison ou des stocks fluctuants peuvent-ils être assurés? Les polices d'entreposage et les autres polices de dépôt sont-elles assujetties au principe énoncé dans l'arrêt *Macaura* de sorte que le droit d'assurer soit limité à la responsabilité du dépositaire envers le déposant?

Le point de vue du juge Lawrence sur ce qui constitue un intérêt assurable, tout en permettant de contourner ces problèmes, établit, à mon avis, une norme facilement vérifiable.

La crainte de lord Eldon qu'une définition plus générale de l'intérêt assurable ne conduise à la surassurance est peut-être illusoire elle aussi. Les assurés seront toujours tenus de divulguer toutes les circonstances pertinentes (voir l'*Insurance Act*, R.S.O. 1980, chap. 218, art. 125, condition légale 1) et de déclarer à l'assureur la nature de leurs intérêts (*Insurance Act*, précitée, art. 125, condition légale 2) pour que celui-ci puisse apprécier le risque qu'il aura à prendre. Si l'assureur se trouve dans l'impossibilité d'évaluer les risques de perte (parce que, par exemple, les données se trouvent en la possession de tiers), il n'est pas alors obligé d'établir la police. L'assureur peut en outre se protéger en limitant sa responsabilité ou en exigeant des primes plus élevées. Comme l'affirment Bertram Harnett et John V. Thornton dans un

Law Rev. 1162 (1948), at p. 1175, “an effective curb on excessive insurance is the general ability of insurance carriers to decline risks, or insert protective clauses”. I recognize that a broadening of the definition of insurable interest may increase the liability of the insurance companies upon the occurrence of a single insured event owing to an increased number of policies for the same risk. But insurance companies have always faced the difficult task of calculating their total potential liability arising upon the occurrence of an insured event in order to judge whether to make a particular policy or class of policies and to calculate the appropriate premium to be charged. It is not for this Court to substitute its judgment for the sound business judgment and actuarial expertise of insurance companies by holding that a certain class of policies should not be made because it will result in “too much insurance”.

I would have thought that a stronger argument could be made that there is too little insurance. Why should the porter in Lord Eldon’s example not be able to obtain insurance against the possibility of being temporarily out of work as a result of the sinking of the ships? As far as the insurer is concerned, how would this insurance differ from, say, health insurance covering loss of wages resulting from his own disability? If anything, the moral hazard would seem to be lower in the case of a porter’s insurance on the possibility of loss resulting from the sinking of a ship. A broadening of the concept of insurable interest would, it seems to me, allow for the creation of more socially beneficial insurance policies than is the case at present with no increase in risk to the insurer. I therefore find both of Lord Eldon’s reasons for adopting a restrictive approach to insurable interest unpersuasive.

savant article intitulé «Insurable Interest in Property: A Socio-Economic Reevaluation of a Legal Concept», 48 *Columbia Law Rev.* 1162 (1948), à la p. 1175, [TRADUCTION] «la faculté qu’ont en général les assureurs de refuser des risques ou d’insérer des clauses protectrices constitue une façon efficace d’éviter la surassurance». Je reconnais que l’élargissement de la définition de l’intérêt assurable est susceptible, en raison de l’augmentation du nombre de polices couvrant le même risque, d’accroître la responsabilité des compagnies d’assurances lorsque se produit un événement assuré. Mais, pour décider de l’opportunité de consentir une certaine police ou catégorie de polices et pour calculer la prime qu’il convient d’exiger, les compagnies d’assurances ont toujours dû s’acquitter de la tâche difficile qui consiste à calculer leur responsabilité totale éventuelle si jamais un événement assuré se produit. Il n’appartient nullement à cette Cour de substituer son appréciation au bon jugement commercial et à l’expertise actuarielle des compagnies d’assurances en déclarant qu’un certain type de polices ne devraient pas être établies parce que cela aboutirait à la «surassurance».

J’aurais cru qu’il eût été possible d’avancer un argument plus convaincant selon lequel l’assurance n’est pas suffisante. Pourquoi le porteur dans l’exemple de lord Eldon ne devrait-il pas être en mesure d’obtenir une assurance le protégeant contre la possibilité de se retrouver temporairement sans travail par suite de la perte des navires? Du point de vue de l’assureur, comment une telle police d’assurance différerait-elle d’un régime d’assurance-maladie, par exemple, qui protège contre la perte de salaire résultant de l’invalidité de l’assuré? En réalité, le risque moral semblerait moins grand dans le cas de l’assurance souscrite par un porteur pour se garantir contre la perte qu’il pourrait subir si un navire venait à couler. Il me semble que l’élargissement du concept de l’intérêt assurable permettrait la création de polices d’assurance socialement plus bénéfiques que ce n’est le cas à l’heure actuelle, et ce, sans aucune augmentation du risque de l’assureur. Je conclus donc que les deux raisons invoquées par lord Eldon pour adopter un point de vue restrictif à l’égard de l’intérêt assurable ne sont pas convaincantes.

It seemed for a time as if Lord Eldon's view was going to be abandoned and that of Lawrence J. upheld. In *Patterson v. Harris* (1861), 1 B. & S. 336, 121 E.R. 740, and in *Wilson v. Jones* (1867), L.R. 2 Ex. 139, courts allowed two shareholders of a company established for the purpose of laying down a trans-Atlantic submarine cable to recover on an insurance policy once the cable had been destroyed even although neither had a legally enforceable right in the cable. In *Blascheck v. Bussell* (1916), 33 T.L.R. 51 (Eng. K.B.), there was no challenge to the insurable interest of the plaintiff who had insured the health of an actor he had engaged for a performance. That interest was a purely pecuniary, non-legal one concerned with the consequences of the actor's non-performance on account of injury. But the House of Lords in *Macaura* resolved the matter in favour of Lord Eldon.

Macaura, owner of the Killymoon estate in Northern Ireland, obtained five fire insurance policies in his own name on timber situated on the estate. The timber was in fact owned by the Irish-Canadian Saw Mills Ltd., the sole shareholder of which was Macaura. Macaura was, as well, the sole creditor of the company apart from a few small debts. The House of Lords nevertheless held that Macaura had no insurable interest either as creditor or shareholder in the timber which was subsequently destroyed by fire. Lord Sumner stated at p. 630:

He owned almost all the shares in the company, and the company owed him a good deal of money, but, neither as creditor nor as shareholder, could he insure the company's assets. The debt was not exposed to fire nor were the shares, and the fact that he was virtually the company's only creditor, while the timber was its only asset, seems to me to make no difference. He stood in no "legal or equitable relation to" the timber at all. He had no "concern in" the subject insured. His relation was to the company, not to its goods, and after the fire he was

Il a semblé pendant un certain temps que le point de vue de lord Eldon serait abandonné en faveur de celui du juge Lawrence. Dans les affaires *Patterson v. Harris* (1861), 1 B. & S. 336, 121 E.R. 740, et *Wilson v. Jones* (1867), L.R. 2 Ex. 139, les tribunaux ont permis à deux actionnaires d'une société constituée pour installer un câble sous-marin transatlantique à se faire indemniser en vertu d'une police d'assurance par suite de la destruction du câble, même si ni l'un ni l'autre actionnaire n'avait eu sur ce câble aucun droit pouvant fonder une action en justice. Dans l'affaire *Blascheck v. Bussell* (1916), 33 T.L.R. 51 (B.R. Ang.), on n'a pas mis en doute l'intérêt assurable du demandeur, qui avait contracté une assurance sur la santé d'un acteur qu'il avait engagé en vue d'un spectacle. Il s'agissait là d'un intérêt purement pécuniaire qui ne découlait d'aucune loi et qui tenait aux conséquences de l'incapacité de l'acteur de se produire pour cause de blessure. Dans l'arrêt *Macaura*, cependant, la Chambre des lords s'est ralliée à l'avis de lord Eldon.

Macaura, propriétaire du domaine Killymoon en Irlande du Nord, avait contracté en son propre nom cinq polices d'assurance contre l'incendie protégeant du bois d'oeuvre qui se trouvait sur le domaine. Ce bois appartenait en réalité à Irish-Canadian Saw Mills Ltd., dont Macaura était l'unique actionnaire. Si l'on fait abstraction de quelques petites dettes, Macaura était en outre le seul créancier de la société. La Chambre des lords a néanmoins conclu que Macaura n'avait, ni en tant que créancier ni en tant qu'actionnaire, aucun intérêt assurable dans le bois qui fut subséquemment détruit dans un incendie. Lord Sumner affirme, à la p. 630:

[TRANSDUCTION] La quasi-totalité des actions de la société lui appartenait et l'endettement de celle-ci envers lui était considérable, mais il ne pouvait, ni en tant que créancier ni en tant qu'actionnaire, assurer les biens de la société. Ni la dette ni les actions n'étaient exposées à un danger d'incendie et le fait qu'il était pratiquement le seul créancier de la société et que le bois constituait l'unique élément d'actif de cette dernière me semble sans importance. Il n'avait aucun «lien à titre de propriétaire ou de bénéficiaire avec» le bois d'oeuvre. Il n'avait pas «d'intérêt dans» l'objet assuré. Il avait un lien avec la compagnie, non avec les biens de celle-ci, et, après

directly prejudiced by the paucity of the company's assets, not by the fire.

Lord Buckmaster, supporting the decision in *Macaura*, put his support on two grounds. First, like Lord Eldon in *Lucena v. Craufurd*, *supra*, he could not understand "how a moral certainty can be so defined as to render it an essential part of a definite legal proposition" (p. 627). As I have already mentioned in the context of Lord Eldon's difficulty in identifying an "intermediate thing" between a legal right and a mere expectation, the *Macaura* definition, if anything, is even more uncertain than Lawrence J.'s definition in *Lucena v. Craufurd*. Second, he was of the view that major problems of valuation would arise (p. 627):

If he [the shareholder] were at liberty to effect an insurance against loss by fire of any item of the company's property, the extent of his insurable interest could only be measured by determining the extent to which his share in the ultimate distribution would be diminished by the loss of the asset—a calculation almost impossible to make. There is no means by which such an interest can be definitely measured and no standard which can be fixed of the loss against which the contract of insurance could be regarded as an indemnity.

The difficulty of measuring the loss suffered by an individual shareholder should not, in my view, prevent a broadening of the definition of insurable interest. Modern company statutes, such as the *Business Corporations Act, 1982*, S.O. 1982, c. 4, s. 184 and ss. 186-189, require courts in certain circumstances to value shares. The task is obviously not considered impossible. Indeed, the House of Lords knew that it was feasible at the time *Macaura* was decided. In *Wilson v. Jones*, *supra*, which the House distinguished but did not disapprove in *Macaura*, the court allowed an insurance based on an interest in the "adventure" of the corporation even although the insured did not own the property involved in that adventure. One might be forgiven for thinking that the interests of individual shareholders in the "adventure" of a

l'incendie, son préjudice résultait directement non pas de l'incendie, mais de la rareté des éléments d'actif de la société.

Lord Buckmaster, en accord avec l'arrêt *Macaura*, a fondé son point de vue sur deux motifs. Premièrement, à l'instar de lord Eldon dans l'affaire *Lucena v. Craufurd*, précitée, il ne pouvait pas comprendre [TRADUCTION] «comment on peut définir une certitude morale de manière à en faire une composante essentielle d'une proposition juridique précise» (à la p. 627). Or, j'ai déjà fait remarquer dans le contexte de la difficulté éprouvée par lord Eldon à percevoir un «moyen terme» entre un droit conféré par la loi et une simple attente, que la définition donnée dans l'arrêt *Macaura* est probablement encore plus incertaine que celle formulée par le juge Lawrence dans l'arrêt *Lucena v. Craufurd*. En deuxième lieu, lord Buckmaster a estimé que des problèmes majeurs d'évaluation surgiraient (à la p. 627):

[TRADUCTION] S'il [l'actionnaire] était libre d'assurer tout élément de l'actif de la société contre la perte par suite d'un incendie, l'étendue de son intérêt assurable ne pourrait être établie que par la détermination de la mesure dans laquelle sa part dans la distribution finale serait amoindrie par la perte du bien en question—un calcul presque impossible à faire. Il n'y a aucun moyen d'apprécier exactement un tel intérêt et aucune norme qui permet de déterminer la perte à l'égard de laquelle le contrat d'assurance pourrait être considéré comme accordant une indemnité.

La difficulté que soulève l'évaluation de la perte subie par un actionnaire individuel ne devrait pas, selon moi, empêcher un élargissement de la définition d'un intérêt assurable. Les lois modernes portant sur les compagnies, comme la *Loi de 1982 sur les compagnies*, L.O. 1982, chap. 4, art. 184 et 186 à 189, exigent que les tribunaux évaluent les actions dans certaines circonstances. De toute évidence, cette tâche n'est pas jugée impossible. En fait, la Chambre des lords savait au moment même où elle a rendu l'arrêt *Macaura* que cela pouvait se faire. Dans la décision *Wilson v. Jones*, précitée, qui dans l'arrêt *Macaura* a fait l'objet d'une distinction par la Chambre des lords, sans toutefois être désapprouvée par cette dernière, la cour a reconnu une assurance fondée sur un intérêt dans [TRADUCTION] «l'aventure» entreprise par la

corporation are fully as difficult of computation as the interests of individual shareholders in the assets of the corporation.

Quite apart from the fact that Lord Buckmaster's rationale for a restrictive concept of insurable interest seems somewhat less than convincing, the *Macaura* case is in itself a rather odd case. The case originally went to arbitration on the question of fraud. The arbitrator held that there was no fraud but that the insured had no insurable interest. Professor Robert Keeton, *Basic Text on Insurance Law* (1971), has noted that "it is difficult to reject the inference that, though not proved, [the charges of fraud] influenced the court to reach a theory of insurable interest that is nothing short of pernicious" (p. 117). See also Brown and Menezes, *supra*, at p. 69. In my view, this inference, if legitimate, further weakens the authority of *Macaura* as a precedent.

Another curious thing about *Macaura* is that it has not been strictly applied in later cases. An attempt has been made to offset the arbitrariness and harshness of the *Macaura* principle by the use of a presumption of sorts. This presumption first appeared in the pre-*Macaura* case of *Stock v. Inglis* (1884), 12 Q.B.D. 564 (C.A.), where Brett M.R. stated at p. 571:

In my opinion it is the duty of a Court always to lean in favour of an insurable interest, if possible, for it seems to me that after underwriters have received the premium, the objection that there was no insurable interest is often, as nearly as possible, a technical objection, and one which has no real merit, certainly not as between the assured and the insurer.

The existence of this presumption since *Macaura* has been noted in a number of cases: see, for

société, même si l'assuré n'était pas propriétaire des biens affectés à cette aventure. Il n'est pas interdit de penser qu'il est tout aussi difficile de calculer les intérêts d'actionnaires individuels dans «l'aventure» entreprise par une société que de calculer les intérêts d'actionnaires individuels dans l'actif d'une société.

Mis à part le fait que le raisonnement que lord Buckmaster a soumis à l'appui d'un concept restrictif de l'intérêt assurable ne semble pas très convaincant, l'affaire *Macaura* est elle-même plutôt étrange. Le litige avait initialement été soumis à l'arbitrage sur la question du dol. L'arbitre a conclu qu'il n'y avait pas eu de dol, mais que l'assuré n'avait pas d'intérêt assurable. Le professeur Robert Keeton, dans son ouvrage intitulé *Basic Text on Insurance Law* (1971), a souligné que [TRADUCTION] «il est difficile de ne pas arriver à la conclusion que, bien qu'elles n'aient pas fait l'objet d'une preuve, [les accusations de dol] ont amené le tribunal à formuler une théorie de l'intérêt assurable qui n'est rien de moins que pernicieuse» (à la p. 117). Voir aussi Brown et Menezes, précité, à la p. 69. À mon avis, cette conclusion, à supposer qu'elle soit bien fondée, affaiblit davantage l'autorité de l'arrêt *Macaura* en tant que précédent.

L'arrêt *Macaura* a en outre ceci de curieux qu'il n'a pas été appliqué rigoureusement dans la jurisprudence subséquente. On a tenté de compenser la rigueur et le caractère arbitraire du principe posé dans l'arrêt *Macaura* par le recours à une sorte de présomption. Cette présomption est apparue pour la première fois dans un arrêt antérieur à *Macaura*, savoir *Stock v. Inglis* (1884), 12 Q.B.D. 564 (C.A.), où le maître des rôles Brett affirme, à la p. 571:

[TRADUCTION] À mon avis, un tribunal doit toujours, dans la mesure du possible, supposer l'existence d'un intérêt assurable, car il me semble qu'une fois la prime reçue par l'assureur, l'objection de l'absence d'un intérêt assurable n'est souvent que du simple formalisme et, en tant que tel, elle n'a aucune valeur réelle, du moins en ce qui concerne l'assuré et l'assureur.

Depuis l'arrêt *Macaura*, l'existence de cette présomption a été constatée dans un certain nombre

example, *Zimmerman v. St. Paul Fire & Marine Insurance Co.* (1968), 1 D.L.R. (3d) 277 (Sask. C.A.), at p. 281, *Aqua-Land Exploration Ltd. v. Guarantee Co. of North America* (1964), 44 D.L.R. (2d) 645 (Ont. C.A.), *per* Schroeder J.A., at p. 652, *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. Traynor*, [1972] N.Z.L.R. 504 (C.A.), at p. 505. In view of the questionable reasoning of Lord Eldon in *Lucena v. Craufurd*, and of their Lordships in *Macaura*, and in view of the fact that the allegation of fraud may have influenced the result in *Macaura*, the expressed reluctance in these cases to follow it to the letter is hardly surprising. In addition, the *Macaura* principle has not been extended to all types of insurance. Professor Marvin G. Baer notes that the factual expectancy test has been used in Canada to define insurable interest in the life and health insurance fields: see Baer "Recent Developments in Canadian Law: Insurance Law" (1985), 17 *Ottawa Law Rev.* 631, at p. 655, and the *Insurance Act*, *supra*, s. 156 (life insurance) and s. 258 (accident and sickness insurance).

Nevertheless, long ago this Court without referring to *Lucena v. Craufurd* approved and adopted Lord Eldon's view of the nature of an insurable interest. In *Clark v. Scottish Imperial Insurance Co.* (1879), 4 S.C.R. 192, Ritchie C.J. held that "any interest which would be recognized by a Court of Law or Equity is an insurable interest" (p. 204). As well, this Court has recently referred to *Macaura* in *Aqua-Land Exploration Ltd.* and in *Wandlyn Motels Ltd.* In neither case did the Court examine the case in any detail. It appears to have been accepted without question. The following comment by Harnett and Thornton, *supra*, at pp. 1162-63, on the state of the law in some American jurisdictions in 1948 may regrettably be applicable to the state of the Anglo-Canadian law on insurable interest during this century:

The requirement of insurable interest in property insurance, like most legal abstractions, has developed over the centuries primarily through judicial resolution

de causes: voir, par exemple, *Zimmerman v. St. Paul Fire & Marine Insurance Co.* (1968), 1 D.L.R. (3d) 277 (C.A. Sask.), à la p. 281, *Aqua-Land Exploration Ltd. v. Guarantee Co. of North America* (1964), 44 D.L.R. (2d) 645 (C.A. Ont.), le juge Schroeder, à la p. 652, *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. Traynor*, [1972] N.Z.L.R. 504 (C.A.), à la p. 505. Compte tenu du raisonnement douteux de lord Eldon dans l'affaire *Lucena v. Craufurd* et des lords juges dans l'arrêt *Macaura*, et étant donné que l'allégation de dol a pu influencer sur le résultat dans l'affaire *Macaura*, il n'est guère surprenant que, dans ces affaires, on se soit montré réticent à suivre cet arrêt à la lettre. De plus, le principe énoncé dans l'arrêt *Macaura* n'a pas été appliqué à tous les types d'assurances. Le professeur Marvin G. Baer fait remarquer qu'au Canada on a eu recours au critère de l'attente factuelle pour définir l'intérêt assurable dans les domaines de l'assurance-vie et de l'assurance-maladie: voir Baer, «Recent Developments in Canadian Law: Insurance Law» (1985), 17 *Ottawa Law Rev.* 631, à la p. 655, ainsi que l'*Insurance Act*, précitée, art. 156 (assurance-vie) et art. 258 (assurance contre les accidents et la maladie).

Néanmoins, il y a longtemps que cette Cour a, sans mentionner l'arrêt *Lucena v. Craufurd*, approuvé et adopté le point de vue de lord Eldon quant à la nature d'un intérêt assurable. Dans l'arrêt *Clark v. Scottish Imperial Insurance Co.* (1879), 4 R.C.S. 192, le juge en chef Ritchie a conclu que [TRADUCTION] «tout intérêt que reconnaîtrait une cour de *common law* ou d'*equity* est un intérêt assurable» (à la p. 204). De même, dans les arrêts récents *Aqua-Land Exploration Ltd.* et *Wandlyn Motels Ltd.*, cette Cour s'est référée à l'arrêt *Macaura*. Toutefois, dans ni l'un ni l'autre cas, cette Cour n'a examiné cet arrêt en détail. Elle paraît plutôt l'avoir accepté d'emblée. L'observation suivante qu'ont faite Harnett et Thornton, précité, aux pp. 1162 et 1163, sur l'état du droit dans certains ressorts américains en 1948 peut malheureusement s'appliquer à l'état du droit anglo-canadien du XX^e siècle en ce qui a trait à la notion de l'intérêt assurable:

[TRADUCTION] L'exigence d'un intérêt assurable dans le domaine de l'assurance des biens, comme la plupart des abstractions juridiques, a évolué au cours des siècles

of relatively isolated problems. Seldom have the courts examined the entire picture in terms of meaningful underlying policies, and the myopic views of older cases, canonized by precedent, often reflect themselves too brightly in later years to the detriment of sound modern analysis.

It is to such an analysis that I now turn in order to assess whether this line of authority should continue to be followed in Ontario. I begin by examining whether the current law is consistent with the policies underlying the requirement of insurable interest generally.

Three policies have been cited as underlying the requirement of an insurable interest: see Harnett and Thornton, *supra*, at pp. 1178-83. They are (1) the policy against wagering under the guise of insurance; (2) the policy favouring limitation of indemnity; and (3) the policy to prevent temptation to destroy the insured property. Does the implementation of these policies require the restrictive approach to insurable interest reflected in *Macaura*?

(1) The Policy Against Wagering

The public policy against wagering has a long history in English law. The first statutory expression of this policy occurred in 1745 when the British Parliament enacted the *Marine Insurance Act*, 19 Geo. 2, c. 37. This policy was extended to other types of insurance by the *Life Insurance Act* (1774), 14 Geo. 3, c. 48. At least since the enactment of these Acts English courts have consistently expressed concern that such contracts might be used to effect wagers. They have been understandably reluctant to enforce an insurance contract if it appeared to embody a wagering transaction. However, I think it is probably easy to overestimate the risk of insurance contracts being used in today's world to create a wagering transaction. There seem to be many more convenient devices available to the serious wagerer.

principalement par le règlement devant les tribunaux de problèmes relativement isolés. Rarement les tribunaux ont-ils examiné l'ensemble de la situation pour dégager les politiques fondamentales qui sous-tendent cette notion, et les opinions myopes exprimées dans la vieille jurisprudence et consacrées par des précédents, se révèlent souvent à ce point vivaces qu'elles nuisent à toute analyse moderne rationnelle.

C'est précisément ce genre d'analyse que j'entreprends maintenant afin de déterminer s'il faut continuer à suivre ce courant de jurisprudence en Ontario. Je commence donc par m'interroger sur la compatibilité du droit dans son état actuel avec les politiques qui sous-tendent l'exigence d'un intérêt assurable en général.

On a dit que l'exigence d'un intérêt assurable repose sur trois politiques: voir Harnett et Thornton, précité, aux pp. 1178 à 1183. Il s'agit: 1) de la politique qui interdit le pari sous forme d'assurance, 2) de la politique qui favorise la limitation des indemnités, et 3) de la politique qui vise à prévenir la tentation de détruire les biens assurés. Mais la mise en oeuvre de ces politiques impose-t-elle l'adoption de l'interprétation restrictive de l'intérêt assurable qui se dégage de l'arrêt *Macaura*?

f. 1) La politique qui interdit le pari

La politique générale qui interdit le pari remonte bien loin dans le droit anglais. C'est en 1745, avec l'adoption de la *Marine Insurance Act*, 19 Geo. 2, chap. 37, par le Parlement du Royaume-Uni, que cette politique a été énoncée pour la première fois dans un texte législatif. La politique fut rendue applicable à d'autres types d'assurances par la *Life Insurance Act* (1774), 14 Geo. 3, chap. 48. Tout au moins depuis l'adoption de ces lois, les tribunaux anglais se sont toujours inquiétés de ce que de tels contrats puissent éventuellement servir à effectuer des paris. Il n'est pas surprenant qu'ils aient hésité à forcer l'exécution d'un contrat d'assurance dans les cas où il paraissait camoufler un pari. Je crois toutefois qu'il est probablement facile d'exagérer le risque que des contrats d'assurance soient utilisés à notre époque comme moyen de parier. De nombreuses possibilités plus pratiques semblent s'offrir au parieur sérieux.

If wagering should be a major concern in the context of insurance contracts, the current definition of insurable interest is not an ideal mechanism to combat this ill. The insurer alone can raise the defence of lack of insurable interest; no public watchdog can raise it. The insurer is free not to invoke the defence in a particular case or it can invoke it for reasons completely extraneous to and perhaps inconsistent with those underlying the definition: see Keeton, *supra*, at p. 117.

The *Macaura* principle, in my view, is an imperfect tool to further the public policy against wagering. By focussing merely on the type of interest held by an insured the current definition gives rise to the possibility that an insured with the “correct” type of interest, but no pecuniary interest, will be able to receive a pure enrichment unrelated to any pecuniary loss whatsoever. Such an insured is, in effect, receiving a “gambling windfall”. But this same approach excludes insureds with a pecuniary interest, but not the type of interest required by *Macaura*. Such insureds purchase insurance policies to indemnify themselves against a real possibility of pecuniary loss, not to gain the possibility of an enrichment from the occurrence of an event that is of no concern to them. This is illustrated by the finding of no insurable interest in the *Aqua-Land* case. Brown and Menezes, *supra*, have shown that the public policy against wagering could not have justified that result. They state at p. 71:

A corporation that has advanced \$30,000 to designers of a marine drilling rig are [*sic*] not affronting any social anti-gambling norms by insuring the rig. If there is a “gamble” involved, it is in backing technological development — a highly regarded activity.

It is only where “the insured has no valuable relationship to the property or where the insurance is in excess of the insured’s interest . . . [that] the evils of wagering in part reappear”: see Harnett

Si les paris doivent constituer une préoccupation majeure dans le contexte des contrats d’assurance, la définition actuelle de l’intérêt assurable n’est certes pas l’arme idéale pour combattre ce mal. Seul l’assureur est en mesure d’invoquer le moyen de défense fondé sur l’absence d’un intérêt assurable; aucun protecteur de l’intérêt public ne peut le faire. L’assureur peut s’abstenir d’invoquer ce moyen de défense dans un cas donné ou, encore, il peut l’invoquer pour des raisons complètement étrangères à celles qui sous-tendent la définition, et voire même incompatibles avec celles-ci: voir Keeton, précité, à la p. 117.

À mon sens, le principe énoncé dans l’arrêt *Macaura* est un instrument mal adapté à la mise en oeuvre de la politique générale qui interdit le pari. En insistant exclusivement sur le type d’intérêt qu’a un assuré, la définition actuelle fait naître la possibilité qu’un assuré qui a le “bon” type d’intérêt, sans toutefois avoir un intérêt pécuniaire, puisse bénéficier d’un enrichissement pur et simple qui n’a rien à voir avec quelque perte pécuniaire que ce soit. Un tel assuré reçoit en réalité un [TRADUCTION] «gain fortuit provenant du jeu». Mais cette même méthode écarte les assurés qui ont un intérêt pécuniaire, mais qui n’ont pas le type d’intérêt exigé par l’arrêt *Macaura*. Ces assurés achètent des polices d’assurance pour se garantir contre la possibilité réelle d’une perte pécuniaire et non pas pour créer la possibilité d’un enrichissement résultant de la survenance d’un événement qui ne les touche d’aucune manière. Voilà ce qui se dégage de la conclusion à l’absence d’un intérêt assurable dans l’arrêt *Aqua-Land*. Brown et Menezes, précité, ont démontré que la politique générale qui interdit le pari n’aurait pas pu justifier ce résultat. Ils disent, à la p. 71:

[TRADUCTION] Une société qui a avancé 30 000 \$ aux concepteurs d’un appareil de forage marin ne contrevient à aucune norme sociale interdisant le jeu du fait qu’elle contracte une assurance sur cet appareil. L’élément de «jeu», si jeu il y a, consiste à encourager le développement technologique — une activité éminemment respectable.

Ce n’est que lorsque [TRADUCTION] «l’assuré n’a pas de lien important avec le bien ou que l’assurance dépasse la valeur de l’intérêt de l’assuré . . . [que] le fléau du pari réapparaît en partie»: voir

and Thornton, *supra*, at p. 1181. Harnett and Thornton conclude at p. 1181:

While some form of valuable relationship to the occurrence is necessary to avoid the wagering aspect, the policy against wagering is satisfied by any valuable relationship which equals the pecuniary value of the insurance, regardless of the legal nature of that relationship.

I agree with their conclusion and find, therefore, that the restrictive definition of insurable interest set out in *Macaura* is not required for the implementation of the policy against wagering.

(2) *Indemnification for Loss*

The public policy restricting the insured to full indemnity for his loss is not consistent with the restrictive definition of insurable interest set out in *Macaura*. Indeed, an extension of that definition may better implement the principles of indemnity. At present, insureds such as Mr. Kosmopoulos who have suffered genuine pecuniary loss cannot obtain indemnification because of the restrictive definition. The *Macaura* case itself shows how the indemnity principle is poorly implemented by the current definition of insurable interest. Had *Macaura* named the corporation as the insured, or had he taken a lien on the timber to secure the debt, he would have been held to have had an adequate interest. But without these formal steps *Macaura*'s interest satisfied the principle of indemnity.

Another case which illustrates the inadequacy of the current definition of insurable interest in furthering the indemnity principle is *Zimmerman v. St. Paul Fire & Marine Insurance Co.*, *supra*. In that case the insured (together with another person) owned all the shares in a company which owned a building. The insurance on the building was in the shareholder's name. Consistent with authority it was held that the shareholder had no insurable interest in the building even although the company had long since ceased active business and had been struck off the register of companies for non-payment of fees. Had the building been transferred to the two shareholders the insured would

Harnett et Thornton, précité, à la p. 1181. Harnett et Thornton concluent, à la p. 1181:

[TRADUCTION] Bien qu'un lien important quelconque avec l'événement soit nécessaire pour éviter l'aspect du jeu, l'existence de n'importe quel lien important correspondant à la valeur pécuniaire de l'assurance, indépendamment de la nature juridique de ce lien, suffit aux fins de la politique qui interdit le pari.

Je suis d'accord avec leur conclusion et je conclus donc que la définition restrictive de l'intérêt assurable, énoncée dans l'arrêt *Macaura*, n'est pas requise pour mettre en oeuvre la politique interdisant le pari.

c 2) *L'indemnisation pour la perte subie*

La politique générale qui limite les assurés à l'indemnisation intégrale de leurs pertes est incompatible avec la définition restrictive de l'intérêt assurable formulée dans l'arrêt *Macaura*. En fait, les principes de l'indemnisation seraient peut-être mieux appliqués si l'on élargissait cette définition. À l'heure actuelle, les assurés qui, à l'instar de M. Kosmopoulos, ont subi une perte pécuniaire réelle se voient dans l'impossibilité de se faire indemniser à cause de cette définition restrictive. L'arrêt *Macaura* lui-même révèle jusqu'à quel point le principe de l'indemnisation est mal servi par la définition actuelle de l'intérêt assurable. Si *Macaura* avait désigné la société comme assuré ou, encore, s'il avait garanti la dette au moyen d'un privilège sur le bois d'oeuvre, on lui aurait reconnu un intérêt suffisant. Toutefois, même en l'absence de ces démarches précises, l'intérêt de *Macaura* satisfaisait au principe de l'indemnisation.

L'insuffisance de la définition actuelle de l'intérêt assurable pour ce qui est de favoriser l'application du principe de l'indemnisation ressort également de l'arrêt *Zimmerman v. St. Paul Fire & Marine Insurance Co.*, précité. Dans cette affaire, l'assuré possédait (avec une autre personne) toutes les actions d'une société à laquelle appartenait un certain édifice. L'assurance protégeant cet édifice avait été contractée au nom de l'actionnaire. On a conclu, conformément à la jurisprudence, que l'actionnaire n'avait pas d'intérêt assurable dans l'édifice, même si la société avait depuis longtemps cessé d'être exploitée et avait été radiée du registre des compagnies pour non-paiement des droits. Si

have prevailed and, as Wood J.A. noted (at p. 279), this was “but a matter of conforming to certain procedural formalities”. The only effect of the *Macaura* definition of insurable interest in such a case is to “trap the unwary person whose interest truly satisfies the principle of indemnity rather than to advance that principle”: Keeton, *supra*, at p. 117.

(3) Destruction of the Subject Matter

It has also been said that if the insured has no interest at all in the subject matter of the insurance, he is likely to destroy the subject matter in order to obtain the insurance monies. Thus, the requirement of an insurable interest is said to be designed to minimize the incentive to destroy the insured property. But it is clear that the restrictive definition of insurable interest does not necessarily have this result. Frequently an insured with a legal or equitable interest in the subject matter of the insurance has intimate access to it and is in a position to destroy it without detection. If Lawrence J.'s definition of insurable interest in *Lucena v. Craufurd* were adopted, this moral hazard would not be increased. Indeed, the moral hazard may well be decreased because the subject matter of the insurance is not usually in the possession or control of those included within Lawrence J.'s definition of insurable interest, i.e. those with a pecuniary interest only. It seems to me, therefore, that the objective of minimizing the insured's incentive to destroy the insured property cannot be seriously advanced in support of the *Macaura* principle.

It is no doubt true that if in fact the proceeds of insurance could be paid to a sole shareholder free of the corporation's creditors, the sole shareholder would have a greater incentive to destroy the business assets than if the proceeds were paid into the insolvent corporation subject to the claims of its creditors. But it seems to me that the greater incentive stems from *Salomon v. Salomon & Co.*,

l'édifice avait été transféré aux deux actionnaires, l'assuré aurait obtenu gain de cause et, comme l'a souligné le juge Wood de la Cour d'appel (à la p. 279), il s'agissait là [TRADUCTION] «simplement d'une question de respect de certaines formalités en matière de procédure». Dans un pareil cas, la définition de l'intérêt assurable donnée dans l'arrêt *Macaura* a pour seul effet de [TRADUCTION] «coincer toute personne imprudente dont l'intérêt satisfait réellement aux exigences du principe de l'indemnisation, plutôt que de favoriser l'application de ce principe»: Keeton, précité, à la p. 117.

3) La destruction du bien assuré

On a également affirmé que, si l'assuré n'a aucun intérêt dans le bien assuré, il est probable qu'il détruira ce bien afin de toucher le montant de l'assurance. Ainsi, on dit que l'exigence d'un intérêt assurable vise à réduire au minimum la tentation de détruire le bien assuré. Toutefois, il est clair que la définition restrictive de l'intérêt assurable n'a pas nécessairement cet effet. Bien souvent, un assuré ayant sur le bien assuré un droit découlant de la *common law* ou de l'*equity* a facilement accès à ce bien et se trouve en conséquence bien placé pour le détruire sans se faire découvrir. Or, l'adoption de la définition de l'intérêt assurable qu'a formulée le juge Lawrence dans l'affaire *Lucena v. Craufurd* n'aurait guère pour effet d'augmenter ce risque moral. En réalité, il pourrait bien y avoir diminution du risque moral puisque les personnes visées par la définition que donne le juge Lawrence de l'intérêt assurable, c.-à-d. les personnes n'ayant qu'un intérêt pécuniaire, n'ont normalement ni la possession ni le contrôle du bien assuré. Il me semble donc qu'on ne saurait sérieusement invoquer à l'appui du principe de l'arrêt *Macaura* l'objectif qui consiste à réduire au minimum la tentation que peut avoir l'assuré de détruire le bien assuré.

Il est sans doute vrai que, si le produit d'une police d'assurance pouvait en réalité être versé à un actionnaire unique, sans tenir compte des créanciers de la société, la tentation de cet actionnaire de détruire l'actif de la société serait plus grande que si le produit était versé à la société insolvable de manière que les réclamations de ses créanciers passent en priorité. Mais, il me semble

supra, which allows a single shareholder corporation to be treated as a different legal entity from the single shareholder. The unhappy consequences of that case for corporate creditors are well-known. Indeed, one commentator has described the *Salomon* decision as “calamitous”: see O. Kahn-Freund, “Some Reflections on Company Law Reform” (1944), 7 *M.L.R.* 54. *Salomon* nevertheless is now part of our law and, while broadening the definition of insurable interest may permit one more unhappy consequence of the *Salomon* principle, it would also remove another. For it is the notion of separate corporate personality which has prevented Mr. Kosmopoulos and others in his position from having the kind of insurable interest required by *Macaura*. In my view, this is quite a price to pay for the supposed disincentive to wilful destruction of the insured property. I would accept the view expressed by Brown and Menezes, *supra*, at p. 74 to the effect that:

... insurance concepts cannot on their own prevent deliberate causing of loss. The primary burden for discouraging anti-social activity lies with the criminal justice system. Insurance principles cannot eliminate arson or murder any more than banking legislation can eliminate armed robbery.

The preceding discussion has proceeded on the assumption that corporations would not insure their own assets and that shareholders would receive the proceeds of insurance taken out in their own names free of corporate creditors. But the circumstances in which this would occur if the definition of insurable interest were extended would be rare indeed. There exist a number of remedial devices by which courts can make the insurance proceeds held by shareholders available to the corporation in appropriate cases. Courts may be willing to imply a trust of the insurance proceeds received by an insured shareholder in favour of the corporation when it appears to implement the shareholder’s actual intention that the

que cette tentation plus grande résulte de l’arrêt *Salomon v. Salomon & Co.*, précité, suivant lequel une société qui compte un seul actionnaire peut être considérée comme une entité juridique distincte de son actionnaire. Les conséquences fâcheuses de cet arrêt pour les créanciers de sociétés sont bien connues. En fait, un glossateur a qualifié de [TRADUCTION] «désastreux» l’arrêt *Salomon*: voir O. Kahn-Freund, «Some Reflections on Company Law Reform» (1944), 7 *M.L.R.* 54. Néanmoins, l’arrêt *Salomon* fait maintenant partie de notre droit et, bien que l’élargissement de la définition de l’intérêt assurable puisse engendrer une autre conséquence fâcheuse du principe établi dans cet arrêt, il aurait pour effet d’en supprimer une autre du même coup. En effet, c’est la notion de la personnalité distincte d’une société qui a empêché M. Kosmopoulos et d’autres personnes dans la même situation d’avoir le genre d’intérêt assurable qu’exige l’arrêt *Macaura*. À mon avis, c’est payer très cher un soi-disant moyen de dissuader de détruire volontairement des biens assurés. Je suis d’accord avec le point de vue exprimé par Brown et Menezes, précité, à la p. 74, selon lequel:

[TRADUCTION] ... des notions en matière d’assurance ne peuvent pas à elles seules empêcher que l’on provoque volontairement des pertes. C’est d’abord et avant tout au système de justice criminelle qu’il incombe de décourager les activités antisociales. Les principes de l’assurance ne peuvent éliminer le crime d’incendie ou le meurtre, pas plus que les lois qui régissent les banques ne peuvent éliminer les vols à main armée.

L’analyse qui précède repose sur la supposition que les sociétés n’assureraient pas leurs biens et que les actionnaires toucheraient le produit des assurances contractées en leur propre nom, sans aucune obligation envers les créanciers de la société. Mais les circonstances dans lesquelles cela se produirait si la définition de l’intérêt assurable était élargie seraient bien rares. Il existe un certain nombre de mesures réparatrices grâce auxquelles les tribunaux peuvent, au besoin, mettre à la disposition d’une société le produit de polices d’assurance détenu par des actionnaires. Les tribunaux peuvent être disposés à conclure que les fonds touchés en vertu d’une police d’assurance par un actionnaire assuré font l’objet d’une fiducie impli-

corporation not suffer loss as a result of the destruction of corporate property. An implied trust may also be available when a shareholder has insured for an amount in excess of full indemnity for his own loss. Normally a shareholder is only entitled to full indemnity but where there is an intention on the part of the shareholder to insure both his own pecuniary interest and the corporation's interest, the shareholder is entitled to receive full indemnity for his own pecuniary loss and the excess is held on trust for the corporation: *Keefer v. Phoenix Insurance Co.* (1901), 31 S.C.R. 144. If a number of shareholders similarly insure with such an intention, the corporation may be fully indemnified, in which case none of the shareholders will have suffered a pecuniary loss and all of the insurance proceeds will be held for the corporation. If it is not possible to imply a trust for the corporation, the court may consider it appropriate to lift the corporate veil and impose a constructive trust in favour of the corporation. I have already noted that while in the case of a single shareholder corporation courts are unlikely to lift the corporate veil for the benefit of that single shareholder, they may be willing to lift the corporate veil "in the interests of third parties who would otherwise suffer as a result of that choice": *Gower, supra*, at p. 138. In addition, where a controlling shareholder insures corporate assets in his or her own name and by using that control does not arrange for insurance to be taken out by the corporation on its assets, that conduct on the shareholder's part may constitute an act "oppressive or unfairly prejudicial" to the interests of creditors and result in liability under s. 247(2) of the Ontario *Business Corporations Act, 1982*. A creditor may, by order of the court, be able to bring such an action: see ss. 244(b)(iii) and 247(1). The directors of the corporation themselves may be liable to the corporation through a derivative action under s. 245 for breach of the duty of care under s. 134(1)(b) or even under the oppression section (s. 247) itself. In light of these considerations, I simply cannot imagine that a corporation would not insure the assets of the corporation in its own name. Once the corporation has insurance on its assets, its shareholders would not suffer an injury to their pecuniary interests if some corporate property were damaged or

cite en faveur de la société, chaque fois que cela paraît donner effet à l'intention véritable de l'actionnaire de ne pas voir la société subir une perte par suite de la destruction de ses biens. Il se peut aussi qu'il soit possible d'avoir recours à la notion de fiducie implicite lorsqu'un actionnaire a contracté une assurance pour un montant supérieur à l'indemnisation intégrale de sa propre perte. Normalement, un actionnaire n'a droit qu'à l'indemnisation intégrale mais, quand il y a une intention de la part de l'actionnaire d'assurer à la fois son propre intérêt pécuniaire et l'intérêt de la société, l'actionnaire a droit à l'indemnisation intégrale de sa propre perte pécuniaire et l'excédent est placé en fiducie pour la société: *Keefer v. Phoenix Insurance Co.* (1901), 31 R.C.S. 144. De même, si un certain nombre d'actionnaires contractent une assurance dans un tel but, il se peut que la société soit indemnisée intégralement, auquel cas aucun actionnaire n'aura subi de perte pécuniaire et la totalité du produit de la police d'assurance sera mise à la disposition de la société. S'il se révèle impossible de conclure à l'existence d'une fiducie implicite en faveur de la société, le tribunal peut alors juger à propos de faire abstraction de la personnalité morale et d'imposer en faveur de la société une fiducie par interprétation. Or, j'ai déjà fait remarquer que même si, dans le cas d'une société ayant un seul actionnaire, il est peu probable que les tribunaux feront abstraction de la personnalité morale au profit de cet actionnaire unique, ils pourront être disposés à le faire «dans l'intérêt de tiers à qui, sans cela, ce choix porterait préjudice»: *Gower*, précité, à la p. 138. De plus, lorsqu'un actionnaire majoritaire assure en son propre nom les biens d'une société et qu'il profite ainsi de sa situation dominante pour omettre de faire contracter à la société une assurance sur ses biens, une telle conduite de sa part peut alors constituer un acte qui «abuse des droits» des créanciers ou «porte atteinte» à leurs intérêts et qui, en conséquence, fait naître la responsabilité en vertu du par. 247(2) de la *Loi de 1982 sur les compagnies* de l'Ontario. Un tribunal peut rendre une ordonnance autorisant un créancier à intenter une telle action: voir le sous-al. 244b)(iii) et le par. 247(1). Les administrateurs de la société pourront eux-mêmes être jugés responsables envers celle-ci

destroyed because the corporation would be indemnified by the insurer. In such a situation the shareholders would be unable to recover under their policies and would accordingly have no incentive to destroy the corporate property. There is therefore, in my view, little merit to the submission that a broadening of the definition of insurable interest will increase the temptation of shareholders to destroy the corporate property.

In summary, it seems to me that the policies underlying the requirement of an insurable interest do not support the restrictive definition: if anything, they support a broader definition than that set out in *Macaura*.

While *Macaura* continues as the law in the United Kingdom (see R. Colivaux, *The Law of Insurance* (5th ed. 1984), at pp. 40-42) and in Australia and New Zealand (see K. C. T. Sutton, *Insurance Law in Australia and New Zealand* (1980), at pp. 213-21), many jurisdictions in the United States have abandoned the restrictive definition of insurable interest in favour of the "factual expectancy test": see, for example, *Van Cure v. Hartford Fire Insurance Co.*, 253 A.2d 663 (Penn. 1969), *Pacific National Fire Insurance Co. v. Watts*, 97 So.2d 797 (Ala. 1957), *Royal Insurance Co. v. Sisters of the Presentation*, 430 F.2d 759 (9th Cir. 1970) (where, even although the insured had a legal interest, recovery was denied because there was no factual expectancy of loss), and see generally, G. Couch, *Cyclopedia of Insurance Law* (2nd ed., by R. Anderson, 1960), vol. 3, at pp. 36-51 and cases cited in *Ninth Decennial Digest*, vol. 21, "Insurance", paras. 114, 115(1) and 115(2), pp. 30-32. The State of New York has now embodied the factual expectancy test in a statute.

par suite d'une action dérivée fondée sur l'art. 245 pour manquement à l'obligation de diligence imposée par l'al. 134(1)b), ou même encore en raison de l'article (art. 247) relatif à l'oppression.
 a Compte tenu de ces considérations, je ne puis simplement pas concevoir qu'une société n'assurait pas ses biens en son propre nom. Du moment que la société a contracté une assurance sur ses biens, les intérêts pécuniaires de ses actionnaires
 b ne seraient pas lésés si jamais certains biens de la société étaient endommagés ou détruits, étant donné que la société se ferait indemniser par l'assureur. Dans un tel cas, les actionnaires ne pourraient pas toucher une indemnité en vertu de leurs
 c polices et ils ne seraient pas tentés en conséquence de détruire les biens de la société. J'estime donc qu'on est mal venu de prétendre qu'un élargissement de la définition de l'intérêt assurable aura
 d pour effet d'accroître, chez les actionnaires, la tentation de détruire les biens de la société.

En résumé, il me semble que les politiques qui sous-tendent l'exigence d'un intérêt assurable ne justifient nullement la définition restrictive; au contraire, elles commandent une définition plus générale que celle formulée dans l'arrêt *Macaura*.

Quoique l'arrêt *Macaura* continue d'être appliqué au Royaume-Uni (voir R. Colivaux, *The Law of Insurance* (5th ed. 1984), aux pp. 40 à 42) ainsi qu'en Australie et en Nouvelle-Zélande (voir K. C. T. Sutton, *Insurance Law in Australia and New Zealand* (1980), aux pp. 213 à 221), de nombreux ressorts américains ont abandonné la définition restrictive de l'intérêt assurable pour adopter le «critère de l'attente factuelle»: voir, par exemple, les décisions *Van Cure v. Hartford Fire Insurance Co.*, 253 A.2d 663 (Penn. 1969), *Pacific National Fire Insurance Co. v. Watts*, 97 So.2d 797 (Ala. 1957), *Royal Insurance Co. v. Sisters of the Presentation*, 430 F.2d 759 (9th Cir. 1970) (dans lesquelles, même si l'assuré avait un intérêt reconnu en droit, l'indemnisation a été refusée en raison de l'absence d'attente factuelle de perte), et voir, d'une manière générale, G. Couch, *Cyclopedia of Insurance Law* (2nd ed., by R. Anderson, 1960), vol. 3, aux pp. 36 à 51, ainsi que la jurisprudence citée dans *Ninth Decennial Digest*, vol. 21, «Insurance», par. 114, 115(1) et 115(2), aux pp. 30

Paragraph 3401 of the *New York Insurance Law*, art. 34, defines "insurable interest" as including "any lawful or substantial economic interest in the safety or preservation of property from loss, destruction or pecuniary damage". Many other states have adopted the "any lawful or substantial economic interest" formulation: see, for example, *California Insurance Code*, para. 281, *Louisiana Insurance Code*, R.S. 22:614, para. 614B, *Utah Insurance Code*, s. 31A-21-104(2)(b) and see also the *Wisconsin Insurance Code*, s. 631.07 which has done away with the requirement of an insurable interest for the validity of an insurance policy. No material has been referred to us by counsel to show that these developments in the United States have led to insoluble problems of calculation, difficulties in ascertaining insurable interests, wagering, over-insurance or wilful destruction of property. Indeed, the commentators both in the United States and Canada seem to be uniformly in favour of the adoption of the factual expectancy test for insurable interest and the rejection of the test set out by the House of Lords in *Macaura*: see, for example, Marvin G. Baer, "Annotation" (1983), 1 *C.C.L.I.* 83; Brown and Menezes, *supra*, at pp. 81-84; A. J. Campbell, "Some Aspects of Insurable Interest" (1949), 27 *Can. Bar Rev.* 1, at pp. 22-23; Harnett and Thornton, *supra*; R. A. Hasson, "Reform of the Law Relating to Insurable Interest in Property—Some Thoughts on *Chadwick v. Gibraltar General Insurance*", (1983-84), 8 *Can. Bus. L. J.* 114; Keeton, *supra*, at pp. 112-19; R. M. McLeod, "*Aqua-Land Exploration Ltd. v. Guarantee Co. of North America et al.: Insurable Interest in an Indemnity Policy*" (1966), 24 *U. of T. Fac. Law Rev.* 154, at pp. 159-60; and Ziegel, *supra*.

In my view, there is little to commend the restrictive definition of insurable interest. As Brett M.R. has noted over a century ago in *Stock v. Inglis*, *supra*, it is merely "a technical objection ... which has no real merit ... as between the assured and the insurer". The reasons advanced in

à 32. L'État de New-York a maintenant consacré le critère de l'attente factuelle dans une loi. Selon la définition qu'en donne le par. 3401 de l'art. 34 de la *New York Insurance Law*, l'expression [TRANSDUCTION] «intérêt assurable» comprend [TRADUCTION] «tout intérêt financier légitime ou substantiel dans la protection de biens ou dans leur préservation contre la perte, la destruction ou le dommage pécuniaire». Bien d'autres États ont adopté la formulation de «tout intérêt financier légitime ou substantiel»: voir, par exemple, *California Insurance Code*, par. 281, *Louisiana Insurance Code*, R.S. 22:614, par. 614B, *Utah Insurance Code*, al. 31A-21-104(2)b), et voir également *Wisconsin Insurance Code*, art. 631.07, qui a supprimé l'exigence selon laquelle il doit y avoir un intérêt assurable pour qu'une police d'assurance soit valide. Les avocats n'ont rien produit qui démontre que ces changements aux États-Unis ont occasionné des problèmes insolubles de calcul ou des difficultés dans la détermination d'intérêts assurables, ni qu'ils ont favorisé le pari, la surassurance ou la destruction volontaire de biens. En fait, les glossateurs, tant américains que canadiens, semblent tous préconiser l'adoption du critère de l'attente factuelle pour déterminer s'il y a un intérêt assurable et le rejet du critère énoncé par la Chambre des lords dans l'arrêt *Macaura*: voir, par exemple, Marvin G. Baer, «Annotation» (1983), 1 *C.C.L.I.* 83; Brown et Menezes, précité, aux pp. 81 à 84; A. J. Campbell, «Some Aspects of Insurable Interest» (1949), 27 *R. du B. can.* 1, aux pp. 22 et 23; Harnett et Thornton, précité; R.A. Hasson, «Reform of the Law Relating to Insurable Interest in Property—Some Thoughts on *Chadwick v. Gibraltar General Insurance*» (1983-1984), 8 *Can. Bus. L. J.* 114; Keeton, précité, aux pp. 112 à 119; R. M. McLeod, «*Aqua-Land Exploration Ltd. v. Guarantee Co. of North America et al.: Insurable Interest in an Indemnity Policy*» (1966), 24 *U. of T. Fac. Law Rev.* 154, aux pp. 159 et 160; et Ziegel, précité.

À mon avis, il n'y a pas grand-chose à dire en faveur d'une définition restrictive de l'intérêt assurable. Comme l'a souligné le maître des rôles Brett il y a plus d'un siècle dans l'arrêt *Stock v. Inglis*, précité, il s'agit simplement d'une «objection ... [qui] n'est ... que du ... formalisme et ... [qui]

its favour are not persuasive and the policies alleged to underlie it do not appear to require it. They would be just as well served by the factual expectancy test. I think *Macaura* should no longer be followed. Instead, if an insured can demonstrate, in Lawrence J.'s words, "some relation to, or concern in the subject of the insurance, which relation or concern by the happening of the perils insured against may be so affected as to produce a damage, detriment, or prejudice to the person insuring", that insured should be held to have a sufficient interest. To "have a moral certainty of advantage or benefit, but for those risks or dangers", or "to be so circumstanced with respect to [the subject matter of the insurance] as to have benefit from its existence, prejudice from its destruction" is to have an insurable interest in it. To the extent that this Court's decisions in *Clark v. Scottish Imperial Insurance Co.*, *supra*, *Guarantee Co. of North America v. Aqua-Land Exploration Ltd.*, *supra*, and *Wandlyn Motels Ltd. v. Commerce General Insurance Co.*, *supra*, are inconsistent with this definition of insurable interest, I respectfully suggest that they should not be followed.

4. Conclusion

Mr. Kosmopoulos, as sole shareholder of the company, was so placed with respect to the assets of the business as to have benefit from their existence and prejudice from their destruction. He had a moral certainty of advantage or benefit from those assets but for the fire. He had, therefore, an insurable interest in them capable of supporting the insurance policy and is entitled to recover under it.

5. Disposition

I would dismiss the appeal with costs to both respondents. In view of the disposition of the main appeal, the cross-appeal of the respondents against the insurance agency is also dismissed. I would award both respondents their costs of the cross-appeal against the appellants.

n'a aucune valeur réelle ... en ce qui concerne l'assuré et l'assureur». Les raisons invoquées à l'appui de la définition restrictive ne sont pas convaincantes et les politiques qui sont censées la sous-tendre ne paraissent pas l'imposer. Le critère de l'attente factuelle répondrait tout aussi bien à ces politiques. J'estime que l'arrêt *Macaura* ne doit plus être suivi. Au lieu de cela, si un assuré peut démontrer, pour reprendre les termes du juge Lawrence, l'existence «d'un rapport ou d'un lien quelconque avec le bien assuré, rapport ou lien que la survenance des périls visés par l'assurance peut toucher à un point tel que cela cause un dommage, un tort ou un préjudice à l'assuré», il faut reconnaître à cet assuré un intérêt suffisant. Avoir «une certitude morale [de] retirer un avantage ou un bénéfice» «abstraction faite de ces risques ou dangers» ou «être à l'égard [de la chose assurée] dans une situation où l'on bénéficiera de son existence et où l'on subira un préjudice si elle est détruite» signifie avoir un intérêt assurable dans la chose en question. Avec égards, dans la mesure où les arrêts de cette Cour *Clark v. Scottish Imperial Insurance Co.*, *Guarantee Co. of North America v. Aqua-Land Exploration Ltd.* et *Wandlyn Motels Ltd. c. Commerce General Insurance Co.*, précités, sont incompatibles avec cette définition de l'intérêt assurable, je propose qu'ils ne soient pas suivis.

4. Conclusion

La situation de M. Kosmopoulos en sa qualité d'actionnaire unique de la société était telle à l'égard des biens de celle-ci qu'il bénéficiait de leur existence et qu'il subirait un préjudice s'ils étaient détruits. Abstraction faite de l'incendie, il avait une certitude morale de retirer un avantage ou un bénéfice de ces biens. Il avait donc dans ceux-ci un intérêt assurable suffisant pour justifier la police d'assurance et il est en droit de se faire indemniser en vertu de cette police.

5. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur des deux intimés. Vu le résultat du pourvoi principal, le pourvoi incident des intimés contre l'agence d'assurances est également rejeté. Je suis d'avis d'ordonner aux appelantes de payer aux deux intimés les dépens que leur a occasionné le pourvoi incident.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons of my colleague, Wilson J., in this appeal. She has set out the facts, referred to many authorities, and considered the law on this question of an insurable interest. I agree with her result. I would dismiss the appeal. In doing so, however, I would not go as far as my colleague has gone in rejecting totally the limited definition of an insurable interest in *Macaura v. Northern Assurance Co.*, [1925] A. C. 619 (H.L.), and adopting the expansive definition of Lawrence J. in *Lucena v. Craufurd* (1806), 2 Bos. & Pul. (N. R.) 269, 127 E. R. 630. I would prefer to adopt the approach of Zuber J. A. in the Court of Appeal. He was of the view that the *Macaura* rule should not be accepted to compel a holding that a sole shareholder and sole director of a company could not have an insurable interest in the assets of the Company. Modern company law now permits the creation of companies with one shareholder. The identity then between the Company and that sole shareholder and director is such that an insurable interest in the Company's assets may be found in the sole shareholder. This approach fits well with *Lucena v. Craufurd* without opening the concept of insurable interest to indefinable limits.

As I have said, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Fasken & Calvin, Toronto.

Solicitors for the respondents: Dutton, Brock, Somers, MacIntyre and Collier, Toronto.

Solicitors for cross-respondents: Paterson, MacDougall, Toronto.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs rédigés en l'espèce par ma collègue le juge Wilson. Elle a exposé les faits, mentionné un bon nombre de précédents et examiné l'état du droit relativement à cette question de l'intérêt assurable. Je suis d'accord avec elle quant au résultat. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Ce faisant toutefois, je n'irais pas aussi loin que l'a fait ma collègue en rejetant totalement la définition restrictive de l'intérêt assurable que donne l'arrêt *Macaura v. Northern Assurance Co.*, [1925] A.C. 619 (H.L.), et en adoptant la définition générale donnée par le juge Lawrence dans *Lucena v. Craufurd* (1806), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 269, 127 E.R. 630. Je préférerais le point de vue adopté en Cour d'appel par le juge Zuber. Il s'est dit d'avis qu'on ne doit pas considérer que la règle de l'arrêt *Macaura* oblige à conclure que l'actionnaire ou l'administrateur unique d'une société ne pouvait avoir un intérêt assurable dans l'actif de cette société. Le droit des compagnies en vigueur de nos jours permet maintenant la création de sociétés ne comptant qu'un seul actionnaire. L'identité qui résulte alors entre la société et cet actionnaire et administrateur unique est telle qu'il est possible de conclure que l'actionnaire unique a un intérêt assurable dans l'actif de la société. Ce point de vue s'accorde bien avec l'arrêt *Lucena v. Craufurd* sans que le concept de l'intérêt assurable risque d'être assujéti à de vagues limites.

Comme je l'ai déjà dit, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens.

Procureurs des appelantes: Fasken & Calvin, Toronto.

Procureurs des intimés: Dutton, Brock, Somers, MacIntyre and Collier, Toronto.

Procureurs des intimés dans le pourvoi incident: Paterson, MacDougall, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Phyllis Barbara Bronfman Trust *Respondent*

INDEXED AS: BRONFMAN TRUST v. THE QUEEN

File No.: 17811.

1986: April 29; 1987: January 29.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson and La Forest J.J.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income Tax — Calculation of income — Deductions — Interest deduction — Trusts — Trust making allocation to beneficiary — Money borrowed to prevent sale of assets — Whether or not trust entitled to claim interest deduction — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 12(1)(a), 11(1)(c)(i) re-en. S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 18(1)(a), 20(1)(c)(i).

The trustees of respondent trust elected to make discretionary capital allocations to its beneficiary in 1969 and 1970. Instead of liquidating capital assets to make the allocations, the trustees considered it advantageous to retain the Trust investments temporarily and finance the allocations by borrowing funds from a bank. The Trust deducted the interest on the borrowed money, an amount grossly in excess of the amount saved by not selling assets to meet the requirements of the allocation. The Tax Review Board and the Federal Court, Trial Division, on appeal by way of trial *de novo*, upheld the Minister's decision to disallow the deductions. The Federal Court of Appeal allowed an appeal from that judgment. At issue here was whether an interest deduction is only available where the loan is used directly to produce income or whether the deduction is also available when, although its direct use may not produce income, the loan can be seen as preserving income-producing assets which might otherwise have been liquidated. A subordinate issue was whether the answer to this question depended on the status of the taxpayer as a corporation, a trust, or a natural person.

Held: The appeal should be allowed.

The statutory deduction requires a characterization of the use of borrowed money as between the eligible use of

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Phyllis Barbara Bronfman Trust *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: BRONFMAN TRUST c. LA REINE

N° du greffe: 17811.

1986: 29 avril; 1987: 29 janvier.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

^c *Impôt sur le revenu — Calcul de l'impôt — Déductions — Déduction d'intérêts — Fiducies — Fiducie versant du capital au bénéficiaire — Fonds empruntés pour éviter la vente d'actifs — La fiducie a-t-elle le droit de demander la déduction des intérêts? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 12(1)a, 11(1)c(i) réad. S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 18(1)a, 20(1)c(i).*

Les fiduciaires ont choisi, comme ils en avaient le pouvoir, de faire des prélèvements sur le capital pour les verser à la bénéficiaire en 1969 et 1970. Au lieu de liquider des biens immobilisés pour faire ces versements, les fiduciaires ont jugé avantageux de conserver temporairement les placements de la fiducie et de financer les versements en contractant des emprunts auprès d'une banque. La fiducie déduisit l'intérêt payé sur les emprunts, un montant bien supérieur au montant épargné en ne vendant pas les actifs pour faire les prélèvements sur le capital. La Commission de révision de l'impôt et la Division de première instance de la Cour fédérale, sur appel *de novo*, ont confirmé la décision du Ministre refusant les déductions. La Cour d'appel fédérale a accueilli un appel de ce jugement. La question en litige est de savoir si l'intérêt ne peut être déduit que lorsque l'emprunt est utilisé directement pour produire un revenu ou s'il y a également lieu à déduction lorsque, bien que son utilisation directe puisse ne pas produire de revenu, il est possible de considérer l'emprunt comme un moyen de conservation de biens productifs de revenu qui auraient pu sans cela être liquidés. Un aspect subsidiaire est de savoir si la réponse à cette question dépend de la situation du contribuable en tant que société, fiducie, ou personne physique.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La déduction prévue par la Loi exige qu'on détermine si l'argent emprunté a été utilisé en vue de tirer un

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

earning non-exempt income from a business or property and a variety of possible ineligible uses. The onus is on the taxpayer to trace the borrowed funds to an identifiable use which triggers the deduction. The interest deduction provision also provides for a characterization of "purpose" of the borrowed funds: the borrowed money must be used to earn income. The taxpayer's purpose in using the borrowed money in a particular manner is what is relevant. The distinction between eligible and ineligible uses of borrowed funds applies just as much to taxpayers who are corporations or trusts as it does to taxpayers who are natural persons.

The current use rather than the original use of borrowed funds by the taxpayer is relevant in assessing deductibility of interest payments. The use of the borrowing here was not of an income-earning nature.

Notwithstanding the movement away from strict construction of taxation statutes and towards determining the true commercial and practical nature of the taxpayer's transactions, a deduction, such as the interest deduction in s. 20(1)(c)(i) which by its text is made available in limited circumstances, has not suddenly lost all strictures. Although it can be characterized as indirectly preserving income, borrowing money for an ineligible direct purpose ought not to entitle a taxpayer to deduct interest payments. The text of the Act requires tracing the use of borrowed funds to a specific eligible use, its obviously restricted purpose being the encouragement of taxpayers to augment their income-producing potential. This precludes allowing a deduction for interest paid on borrowed funds which indirectly preserve income-earning property but which are not directly "used for the purpose of earning income from . . . property". Even if there were exceptional circumstances in which, on a real appreciation of a taxpayer's transactions, it might be appropriate to allow the deduction of interest on funds borrowed for an ineligible use, those circumstances were not present here. The taxpayer, at the very least, must satisfy the court that its *bona fide* purpose in using the funds was to earn income. It is of more than passing interest that the assets preserved for a brief period of time yielded a return which grossly fell short of the interest costs on the borrowed money. The fact that the loan may have prevented capital losses cannot assist a taxpayer in obtaining a deduction from income which is limited to

revenu imposable d'une entreprise ou d'un bien, ce qui constitue une utilisation admissible, ou s'il a été affecté à quelqu'une des possibles utilisations inadmissibles. Il incombe au contribuable d'établir que les fonds empruntés ont été utilisés à une fin identifiable ouvrant droit à la déduction. La disposition prévoyant la déduction des intérêts requiert aussi la détermination de la «fin» de l'emprunt. L'argent emprunté doit être utilisé pour produire un revenu. C'est la fin visée par le contribuable en utilisant l'argent emprunté d'une manière particulière qui est pertinente. La distinction entre les utilisations admissibles et les utilisations inadmissibles de fonds empruntés s'applique aussi bien aux contribuables qui sont des sociétés ou des fiducies qu'à ceux qui sont des personnes physiques.

L'utilisation actuelle plutôt que l'utilisation primitive des fonds empruntés par le contribuable est pertinente pour déterminer si les intérêts sont déductibles. L'utilisation de l'emprunt en l'espèce n'était pas de nature à produire un revenu.

Même si on a eu tendance à s'éloigner d'une interprétation stricte des lois fiscales et à tenter de déterminer la véritable nature commerciale et pratique des opérations du contribuable, une déduction telle que la déduction au titre d'intérêts prévue par le sous-al. 20(1)c)(i), laquelle, de par son texte même, ne peut être réclamée que dans des circonstances bien précises, ne fait pas tout à coup l'objet d'aucune restriction. L'emprunt d'argent pour une fin directe inadmissible ne devrait pas conférer à un contribuable le droit de déduire les intérêts payés, même si on peut le décrire comme une façon indirecte de conserver un revenu. Le texte de la Loi exige que les fonds empruntés aient été affectés à une utilisation admissible précise, car la fin limitée qu'il vise est d'encourager les contribuables à améliorer leurs possibilités de produire des revenus. Ceci vient empêcher qu'une déduction soit permise à l'égard de l'intérêt payé sur des fonds empruntés qui servent indirectement à conserver des biens productifs de revenu, mais qui ne sont pas utilisés directement «en vue de tirer un revenu . . . d'un bien». Même s'il est des circonstances exceptionnelles dans lesquelles, selon une appréciation réaliste des opérations d'un contribuable, il pourrait convenir de lui permettre de déduire l'intérêt sur les fonds empruntés pour un usage inadmissible, de telles circonstances n'existent pas en l'espèce. À tout le moins, le contribuable doit convaincre la cour que la fin réelle qu'il vise en utilisant les fonds est de gagner un revenu. Il n'est pas simplement anecdotique que les biens, qui ont été conservés pendant une brève période, ont eu un rendement bien en deçà du loyer de l'argent emprunté. Le fait que l'emprunt a pu servir à empêcher des pertes en capital

use of borrowed money for the purpose of earning income.

Cases Cited

Distinguished: *Trans-Prairie Pipelines Ltd. v. Minister of National Revenue*, 70 D.T.C. 6351; **considered:** *Sternthal v. The Queen*, 74 D.T.C. 6646; **referred to:** *Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717; *Mills v. Minister of National Revenue*, 85 D.T.C. 632; *No. 616 v. Minister of National Revenue*, 59 D.T.C. 247; *Auld v. Minister of National Revenue*, 62 D.T.C. 27; *Lakeview Gardens Corp. v. Minister of National Revenue*, [1973] C.T.C. 586; *Sinha v. Minister of National Revenue*, [1981] C.T.C. 2599; *Attaie v. Minister of National Revenue*, 85 D.T.C. 613; *Interior Breweries Ltd. v. Minister of National Revenue*, 55 D.T.C. 1090; *Garneau Marine Co. v. Minister of National Revenue*, 82 D.T.C. 1171; *Toolsie v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 216; *Jordanov v. Minister of National Revenue*, 86 D.T.C. 1136; *Day v. Minister of National Revenue*, 84 D.T.C. 1184; *Eelkema v. Minister of National Revenue*, 83 D.T.C. 253; *Zanyk v. Minister of National Revenue*, 81 D.T.C. 48; *Holmann v. Minister of National Revenue*, 79 D.T.C. 594; *Huber v. Minister of National Revenue*, 79 D.T.C. 936; *Dorman v. Minister of National Revenue*, 77 D.T.C. 251; *Verhoeven v. Minister of National Revenue*, 75 D.T.C. 230; *Shields v. Minister of National Revenue*, 68 D.T.C. 668; *Cutten v. Minister of National Revenue*, 56 D.T.C. 454; *No. 228 v. Minister of National Revenue*, 55 D.T.C. 39; *No. 185 v. Minister of National Revenue*, 54 D.T.C. 395; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *The Queen v. Golden*, [1986] 1 S.C.R. 209; *B.P. Australia Ltd. v. Commissioner of Taxation of Australia*, [1966] A.C. 224; *F. H. Jones Tobacco Sales Co.*, [1973] F.C. 825, [1973] C.T.C. 784; *Hallstroms Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1946), 8 A.T.D. 190; *Cochrane Estate v. Minister of National Revenue*, 76 D.T.C. 1154; *Matheson v. The Queen*, 74 D.T.C. 6176; *Zwaig v. Minister of National Revenue*, [1974] C.T.C. 2172.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 12(1)(a), 11(1)(c)(i), 11(3)(b) re-en. S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 18(1)(a), (b), 20(1)(c)(i), (3).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1983] 2 F.C. 797, 83 D.T.C. 5243, [1983] C.T.C. 253, allowing an appeal from a judgment of Marceau J., [1980] 2 F.C. 453, 79 D.T.C. 5438, [1979] C.T.C. 524, (disallowing a claimed deduction) on appeal by way of trial de

ne peut aider un contribuable à obtenir une déduction prévue uniquement à l'égard de l'utilisation d'argent emprunté en vue de produire un revenu.

Jurisprudence

- ^a **Distinction d'avec l'arrêt:** *Trans-Prairie Pipelines Ltd. v. Minister of National Revenue*, 70 D.T.C. 6351; **arrêts examinés:** *Sternthal c. La Reine*, 74 D.T.C. 6646; **arrêts mentionnés:** *Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717; *Mills c. Ministre du Revenu national*, 85 D.T.C. 632; *No. 616 v. Minister of National Revenue*, 59 D.T.C. 247; *Auld v. Minister of National Revenue*, 62 D.T.C. 27; *Lakeview Gardens Corp. v. Minister of National Revenue*, [1973] C.T.C. 586; *Sinha c. Ministre du Revenu national*, [1981] C.T.C. 2599; *Attaie c. Ministre du Revenu national*, 85 D.T.C. 613; *Interior Breweries Ltd. v. Minister of National Revenue*, 55 D.T.C. 1090; *Garneau Marine Co. c. Ministre du Revenu national*, 82 D.T.C. 1171; *Toolsie c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 216; *Jordanov c. Ministre du Revenu national*, 86 D.T.C. 1136; *Day c. Ministre du Revenu national*, 84 D.T.C. 1184; *Eelkema c. Ministre du Revenu national*, 83 D.T.C. 253; *Zanyk c. Ministre du Revenu national*, 81 D.T.C. 48; *Holmann c. Ministre du Revenu national*, 79 D.T.C. 594; *Huber c. Ministre du Revenu national*, 79 D.T.C. 936; *Dorman c. Ministre du Revenu national*, 77 D.T.C. 251; *Verhoeven c. Ministre du Revenu national*, 75 D.T.C. 230; *Shields v. Minister of National Revenue*, 68 D.T.C. 668; *Cutten v. Minister of National Revenue*, 56 D.T.C. 454; *No. 228 v. Minister of National Revenue*, 55 D.T.C. 39; *No. 185 v. Minister of National Revenue*, 54 D.T.C. 395; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *La Reine c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209; *B.P. Australia Ltd. v. Commissioner of Taxation of Australia*, [1966] A.C. 224; *F. H. Jones Tobacco Sales Co.*, [1973] C.F. 825, [1973] C.T.C. 784; *Hallstroms Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1946), 8 A.T.D. 190; *Cochrane (Succession) c. Ministre du Revenu national*, 76 D.T.C. 1154; *Matheson c. La Reine*, 74 D.T.C. 6176; *Zwaig c. Ministre du Revenu national*, [1974] C.T.C. 2172.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 12(1)a), 11(1)c)(i), 11(3)b) réad. S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 18(1)a), b), 20(1)c)(i), (3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1983] 2 C.F. 797, 83 D.T.C. 5243, [1983] C.T.C. 253, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Marceau, [1980] 2 C.F. 453, 79 D.T.C. 5438, [1979] C.T.C. 524, (rejetant la demande de déduction) sur appel par voie de

novo from a judgment of Mr. Guy Tremblay of the Tax Review Board, 78 D.T.C. 1752, [1978] C.T.C. 3088, dismissing an appeal from the Minister's decision to disallow a claimed deduction. Appeal allowed.

Roger Roy, for the appellant.

Michael Vineberg, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—In computing income for a taxation year, a taxpayer may deduct interest paid on borrowed money “used for the purpose of earning income from a business or property”. In the present appeal, the trustees of a Trust elected to make discretionary capital allocations to Phyllis Barbara Bronfman in 1969 and 1970. Instead of liquidating capital assets to make the allocations, the trustees considered it advantageous to retain the Trust investments temporarily and finance the allocations by borrowing funds from a bank.

The issue is whether the interest paid to the bank by the Trust on the borrowings is deductible for tax purposes; more particularly, is an interest deduction only available where the loan is used directly to produce income or is a deduction also available when, although its direct use may not produce income, the loan can be seen as preserving income-producing assets which might otherwise have been liquidated. A subordinate issue is whether the answer to this question depends upon the status of the taxpayer as a corporation, a trust, or a natural person.

I

Facts

By means of a Deed of Donation registered in Montreal on May 7, 1942 a Trust was established by the late Samuel Bronfman in favour of his daughter, Phyllis Barbara Bronfman (“the beneficiary” or, under Quebec law, “the Insti-

procès *de novo* d'un jugement de M. Guy Tremblay de la Commission de révision de l'impôt, 78 D.T.C. 1752, [1978] C.T.C. 3088, qui avait rejeté un appel d'une décision du Ministre de rejeter la demande de déduction. Pourvoi accueilli.

Roger Roy, pour l'appelante.

Michael Vineberg, pour l'intimée.

b Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition, un contribuable peut déduire l'intérêt payé sur de l'argent emprunté et «utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien». En l'espèce, les fiduciaires ont choisi, comme ils en avaient le pouvoir, de faire des prélèvements sur le capital de la fiducie pour les verser à Phyllis Barbara Bronfman en 1969 et 1970. Au lieu de liquider des biens immobilisés pour effectuer ces versements, les fiduciaires ont jugé avantageux de conserver temporairement les placements de la fiducie et de financer les versements en contractant des emprunts auprès d'une banque.

La question est de savoir si l'intérêt que la fiducie a payé sur ces emprunts est déductible aux fins de l'impôt sur le revenu; plus particulièrement, l'intérêt ne peut-il être déduit que lorsque l'emprunt est utilisé directement pour produire un revenu ou y a-t-il également lieu à déduction lorsque, bien que son utilisation directe puisse ne pas produire de revenu, il est possible de considérer l'emprunt comme un moyen de conservation de biens productifs de revenu qui auraient pu sans cela être liquidés? Un aspect subsidiaire est de savoir si la réponse à cette question dépend de la situation du contribuable en tant que société, fiducie ou personne physique.

I

Les faits

Par un acte de donation enregistré à Montréal le 7 mai 1942, feu Samuel Bronfman a constitué une fiducie au bénéfice de sa fille, Phyllis Barbara Bronfman («la bénéficiaire») et ses enfants. Aux termes de cet acte, la bénéficiaire a droit à 50 p.

tute”) and her children. Under the terms of the Deed, the beneficiary has the right to receive fifty percent of the revenue from the trust property. In addition, the trustees “in their sole and unrestricted discretion” are empowered to make an allocation to the beneficiary from the capital of the Trust if they consider it “desirable for any purpose of any nature whatsoever”. The beneficiary has no children and in the event she dies without issue, the residue of the Trust accrues for the benefit of her brothers and sisters.

The assets of the Trust consist of a portfolio of securities having a cost base of more than \$15,000,000. By the end of 1969 Trust assets had a market value of about \$70,000,000. Except for a Rodin sculpture, the holdings of the Trust during the material period were in bonds and shares, assets which could be characterized generally as of an income-earning nature. I should add, however, that the investment portfolio of the Trust produced a low yield: 1969, 1970 and 1971 earnings amounted to \$324,469, \$293,178 and \$213,588 respectively, providing a return of less than one-half of one percent on the portfolio’s market value. Some of the Trust investments, although possibly bearing income in the long run, did not in fact earn any income over the material period. The financial statements of the Trust disclose, for example, that the Trust’s investment in 2nd Preferred Shares of Cemp Investments Ltd. (a private, family corporation) which had a cost base of \$3,300,000 yielded no income at all in 1969, 1970 and 1971. Trust investment policies appear to have been focused more on capital gains than on income. Accordingly, the Trust’s very substantial asset base generated modest income tax liabilities: the 1970 and 1971 income tax returns filed by the taxpayer show federal tax payable of \$12,107.99 and \$15,687.98 respectively and in 1972 (when some capital gains were realized and, for the first time, taxable) federal tax was listed as \$31,878.

The low-yield investment portfolio of the Trust undoubtedly had detrimental consequences for the

100 des revenus de la fiducie. De plus, les fiduciaires sont habilités, [TRADUCTION] «dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire exclusif et illimité», à verser à la bénéficiaire une somme prélevée sur le capital de la fiducie s’ils le jugent [TRADUCTION] «souhaitable pour quelque but que ce soit». La bénéficiaire n’a pas d’enfant et, dans l’hypothèse où elle mourrait sans postérité, les avoirs restants de la fiducie seraient affectés au bénéfice de ses frères et soeurs.

L’actif de la fiducie se compose de titres en portefeuille dont le prix de base dépasse les 15 000 000 \$. À la fin de 1969, la valeur marchande de l’actif de la fiducie se situait à environ 70 000 000 \$. Mis à part une sculpture de Rodin, les avoirs de la fiducie à l’époque en cause consistaient en des obligations et des actions, biens qu’on peut d’une manière générale qualifier de productifs de revenu. Je dois toutefois ajouter que le rendement du portefeuille de la fiducie était faible: en 1969, 1970 et 1971 les revenus se chiffraient à 324 469 \$, 293 178 \$ et 213 588 \$ respectivement, soit moins d’un demi pour cent de la valeur marchande du portefeuille. Certains des placements de la fiducie, quoique pouvant produire des revenus à long terme, n’ont en réalité rien rapporté au cours de la période pertinente. Les états financiers de la fiducie révèlent, par exemple, que ses actions privilégiées de deuxième classe de Cemp Investments Ltd. (une société fermée familiale), dont le prix de base était de 3 300 000 \$, n’ont produit aucun revenu en 1969, 1970 et 1971. Les politiques de placement de la fiducie paraissent avoir été axées plutôt sur le gain en capital que sur le revenu. Par conséquent, l’impôt sur le revenu frappant l’actif très important de la fiducie demeurerait modeste: d’après les déclarations d’impôt sur le revenu que la contribuable a produites pour les années 1970 et 1971, l’impôt fédéral exigible se chiffrait à 12 107,99 \$ et 15 687,98 \$ respectivement, et en 1972 (quand les gains en capital qui ont été réalisés étaient, pour la première fois, imposables) l’impôt fédéral revenait à 31 878 \$.

Le faible rendement du portefeuille de la fiducie présentait certainement des inconvénients pour la

beneficiary in respect of the amount of income available under her fifty percent entitlement. Perhaps to mitigate those consequences, or perhaps for some other reason entirely, the trustees chose to make a capital allocation to the beneficiary of US \$500,000 on December 29, 1969 and one of CAN \$2,000,000 on March 4, 1970. There is no suggestion by the Trust that these allocations were in any way designed to enhance the income-earning potential of the Trust. On the contrary, the inevitable result was to reduce the Trust's net income-earning prospects both in the short-term and in the long run owing to the depletion of Trust capital.

To make the capital allocations, the Trust borrowed from the Bank of Montreal US \$300,000 on December 29, 1969 and CAN \$1,900,000 on March 9, 1970. The amounts borrowed went into the account of the Trust and were used to make the capital allocations to the beneficiary. The Trust used uninvested earnings to finance the remaining approximately \$300,000 of allocations to the beneficiary. There is no dispute concerning the immediate and direct use to which the borrowed funds were put. They were used to make the capital allocations to the beneficiary and not to buy income-earning properties.

The sole witness at trial was Mr. Arnold Ludwick, an accountant, Executive Vice-President of Cemp Investments and Executive Vice-President of Claridge Investments. Claridge Investments managed the business affairs of the taxpayer Trust, subject of course to the ultimate authority of the trustees. Mr. Ludwick's evidence concerned the reasons for the borrowing. He testified that subject to various constraints on the marketability of some of the Trust investments, "it certainly would have been possible to, in an orderly way, liquidate investments" to fund the capital allocation. The funds were borrowed because such a disposition of assets would have been commercially inadvisable. As testified by Mr. Ludwick:

bénéficiaire du point de vue du montant qu'elle pouvait tirer en vertu de son droit à 50 p. 100 des revenus provenant de la fiducie. Peut-être pour atténuer ces inconvénients, ou peut-être pour une raison tout à fait différente, les fiduciaires ont choisi de verser à la bénéficiaire des sommes prélevées sur le capital, soit 500 000 \$ US le 29 décembre 1969 et 2 000 000 \$ CAN le 4 mars 1970. La fiducie ne prétend pas que ces prélèvements visaient de quelque manière à améliorer le taux de rentabilité de la fiducie. Au contraire, la conséquence inévitable était la diminution de sa rentabilité, aussi bien pour le court terme que pour le long terme, en raison de la réduction de son capital.

Pour financer les prélèvements sur le capital, la fiducie a emprunté à la Banque de Montréal le 29 décembre 1969 la somme de 300 000 \$ US et, le 9 mars 1970, la somme de 1 900 000 \$ CAN. Versées dans le compte de la fiducie, les sommes empruntées ont été utilisées pour payer à la bénéficiaire les montants prélevés sur le capital. La fiducie est allée chercher dans les revenus non placés les 300 000 \$ environ qui restaient à remettre à la bénéficiaire. Il n'y a aucune contestation concernant l'usage immédiat et direct qu'on a fait des fonds empruntés. On s'en est servi pour payer à la bénéficiaire les montants prélevés sur le capital et non pas pour acheter des biens productifs de revenu.

En première instance, l'unique témoin cité fut M. Arnold Ludwick, comptable, vice-président et directeur de Cemp Investments et de Claridge Investments. Claridge Investments gérait les affaires commerciales de la fiducie-contribuable, sous réserve évidemment du droit de décision ultime des fiduciaires. Le témoignage de M. Ludwick porte sur les motifs des emprunts. Il a témoigné que, mis à part différentes contraintes auxquelles était soumise la négociabilité d'une partie des placements de la fiducie, [TRADUCTION] «il aurait certainement été possible de liquider des placements d'une manière ordonnée» pour financer les prélèvements sur le capital. Les fonds ont été empruntés parce qu'il aurait été inopportun du point de vue commercial de se départir ainsi d'éléments d'actif. Comme l'a dit M. Ludwick:

... my reasoning that existed then [in 1969] still exists today, that precise timing of the sale of investments ought to be related to the nature of the investment, and not a possible immediate need for cash on any particular day, that the basic issue [is one] of managing the assets side separately from the liability and capital side.

In addition, most of the investments at the time were not readily realizable, in part because of securities law constraints and in part because the marketable securities that the Trust did hold had dropped in value. Accordingly, the Trustees considered it inappropriate to sell them at that point; it appeared to be more advantageous for the Trust to keep the assets and borrow from the bank.

The evidence is unclear as to the precise amounts and dates of the loan repayments, but it is clear that the entire borrowings were repaid by 1972. In 1970 the Trust realized \$1,966,284 and in 1972, \$1,026,198, from the sale of shares of Gulf Oil Canada Ltd. Some of the proceeds from these dispositions were used to repay the bank loans. Thus the loans postponed but did not obviate the need for an eventual reduction in the Trust's capital assets. In the meantime, interest payments of \$110,114 in 1970, \$9,802 in 1971, and \$1,432 in 1972 were incurred on the debts to the Bank of Montreal. It is the deduction of these interest payments from the Trust's income which is contested in this appeal.

The Trust argues that even if the loans were used to pay the allocations, they were also used for the purpose of earning income from property since they permitted the Trust to retain income-producing investments until the time was ripe to dispose of them. The end result of the transactions, the Trust submits, was the same as if the trustees had sold assets to pay the allocations and then borrowed money to replace them, in which case, it is argued, the interest would have been deductible. The Crown, on the other hand, takes the position that the borrowed funds were used to pay the allocations to the beneficiary, that the amounts of interest claimed as deductions are

[TRANSDUCTION] ... le raisonnement sur lequel je me suis fondé alors [en 1969] vaut encore aujourd'hui, c'est-à-dire que le moment précis de la vente de placements doit être fonction de la nature du placement et non pas d'un besoin immédiat d'argent comptant qui peut se faire sentir à un moment donné, qu'il s'agit essentiellement de gérer l'actif indépendamment du passif et du capital.

Au surplus, la plupart des placements n'étaient pas facilement réalisables à l'époque, en partie à cause des contraintes imposées par la loi sur les valeurs mobilières et en partie aussi à cause de la baisse de la valeur des titres négociables que détenait la fiducie. Les fiduciaires ont donc estimé que ce n'était pas le moment de les vendre; il leur paraissait plus avantageux de conserver les titres en question et d'emprunter à la banque.

La preuve n'établit pas avec certitude les montants exacts des remboursements à valoir sur les emprunts ni leurs dates, mais il est clair que dès 1972 les dettes avaient été acquittées intégralement. En 1970, la fiducie a tiré 1 966 284 \$ et en 1972, 1 026 198 \$, de la vente d'actions de Gulf Oil Canada Ltd. Une partie du produit de ces ventes a été utilisée pour rembourser les emprunts bancaires. Les emprunts ont donc différé, sans pourtant la supprimer, la nécessité de réduire tôt ou tard les immobilisations de la fiducie. En attendant, des intérêts de 110 114 \$ en 1970, de 9 802 \$ en 1971 et de 1 432 \$ en 1972 ont été payés sur les dettes contractées auprès de la Banque de Montréal. C'est la déduction des intérêts ainsi payés du revenu de la fiducie qui est contestée en l'espèce.

La fiducie fait valoir que, même à supposer que les emprunts aient été affectés au paiement des prélèvements sur le capital, ils ont été utilisés aussi en vue de tirer un revenu d'un bien en ce sens qu'ils ont permis à la fiducie de conserver des placements productifs de revenu afin qu'on puisse en disposer au moment propice. La fiducie soutient que les opérations en cause ont abouti au même résultat que celui qui aurait été obtenu si les fiduciaires avaient vendu des éléments d'actif afin d'effectuer les prélèvements sur le capital et avaient ensuite emprunté de l'argent pour les remplacer, auquel cas, prétend-on, l'intérêt aurait été déductible. Sa Majesté, par contre, affirme que les

not interest on borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property and as such are not deductible.

fonds empruntés ont été utilisés pour effectuer les versements à la bénéficiaire, que les montants d'intérêt réclamés à titre de déductions ne constituent pas des intérêts sur de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien et qu'en conséquence ils ne sont pas déductibles.

II

Legislation

For the taxation years 1970 and 1971 the relevant legislation is s. 12(1)(a) and s. 11(1)(c)(i) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148. The sections read as follows:

12. (1) In computing income, no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from property or a business of the taxpayer.

11. (1) Notwithstanding paragraphs (a), (b) and (h) of subsection 1 of section 12, the following amounts may be deducted in computing the income of a taxpayer for a taxation year:

(c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending upon the method regularly followed by the taxpayer in computing his income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than borrowed money used to acquire property the income from which would be exempt or to acquire an interest in a life insurance policy) . . .

These provisions were re-enacted in S.C. 1970-71-72, c. 63. Sections 18(1)(a) and 20(1)(c)(i), applicable for the 1972 taxation year, read:

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

II

Les textes législatifs

Pour les années d'imposition 1970 et 1971 les dispositions législatives pertinentes sont l'al. 12(1)a) et le sous-al. 11(1)c)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148. Ces dispositions se lisent ainsi:

12. (1) Dans le calcul du revenu, il n'est opéré aucune déduction à l'égard

a) d'une somme déboursée ou dépensée, sauf dans la mesure où elle l'a été par le contribuable en vue de gagner ou de produire un revenu tiré de biens ou d'une entreprise du contribuable.

11. (1) Par dérogation aux alinéas a), b) et h) du paragraphe (1) de l'article 12, les montants suivants peuvent être déduits dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition:

c) un montant payé dans l'année, ou payable à l'égard de l'année (suivant la méthode employée régulièrement par le contribuable dans le calcul de son revenu), aux termes d'une obligation juridique de payer des intérêts sur

(i) un montant d'argent emprunté et utilisé aux fins de gagner le revenu provenant d'une entreprise ou de biens (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir des biens dont le revenu serait exempté ou pour acquérir un droit portant sur une police d'assurance-vie) . . .

Ces dispositions ont été adoptées de nouveau dans S.C. 1970-71-72, chap. 63. L'alinéa 18(1)a) et le sous-al. 20(1)c)(i), qui s'appliquent pour l'année d'imposition 1972, portent:

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

a) un débours ou une dépense sauf dans la mesure où elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise;

20. (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

(c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending upon the method regularly followed by the taxpayer in computing his income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than borrowed money used to acquire property the income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy) . . .

Counsel have not suggested that the slight change in wording in s. 20(1) has any bearing on the issues raised in this appeal.

III

Judgments

(a) *Tax Review Board*

Mr. Guy Tremblay began his reasons for judgment by noting that the burden was on the Trust to show that the assessments were incorrect. He added:

This burden of proof derives not from one particular section of the *Income Tax Act*, but from a number of judicial decisions, including the judgment delivered by the Supreme Court of Canada in *Johnston v. Minister of National Revenue*, 3 DTC 1182, (1948) C.T.C. 195.

Mr. Tremblay reviewed the jurisprudence, in particular the main case upon which the Trust based its contention, *Trans-Prairie Pipelines Ltd. v. Minister of National Revenue*, 70 D.T.C. 6351, a decision of Jackett P. in the Exchequer Court. In that case the taxpayer corporation wanted to raise capital by way of bond issues for expansion of its business. It discovered, however, that it was impossible, practically speaking, to float a bond issue unless it first redeemed its preferred shares, because of the sinking fund requirements of its

20. (1) Nonobstant les dispositions des alinéas 18(1)a, b) et h), lors du calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition, peuvent être déduites celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s'y rapportant:

c) une somme payée dans l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu), en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré d'impôt ou pour prendre une police d'assurance-vie) . . .

Les avocats n'ont pas prétendu que la légère modification apportée au texte du par. 20(1) ait une incidence quelconque sur les questions soulevées par le présent pourvoi.

III

Les jugements

a) *Commission de révision de l'impôt*

Monsieur Guy Tremblay a souligné au début de ses motifs de jugement qu'il appartenait à la fiducie de démontrer l'inexactitude des cotisations. Il a ajouté:

Ce fardeau de la preuve lui incombe non en vertu d'un article précis de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais d'après une nombreuse jurisprudence, dont l'arrêt *Johnston v. Minister of National Revenue*, 3 DTC 1182, (1948) C.T.C. 195 rendu par la Cour suprême du Canada.

Monsieur Tremblay a examiné la jurisprudence, en particulier l'arrêt *Trans-Prairie Pipelines Ltd. v. Minister of National Revenue*, 70 D.T.C. 6351 rendu par le président Jackett de la Cour de l'Échiquier, sur laquelle la fiducie a fondé principalement ses prétentions. Dans cette affaire, la société-contribuable voulait financer par des émissions d'obligations l'expansion de son entreprise. Elle a toutefois découvert que, en raison du fonds d'amortissement rendu nécessaire par les actions privilégiées qu'elle avait émises, il était pratique-

preferred share issue. Accordingly, the taxpayer borrowed \$700,000, used \$400,000 to redeem the preferred shares and the remaining \$300,000 for expansion of its business. Jackett P. held the interest payments on the entire \$700,000 loan deductible. He saw the borrowed funds as “fill[ing] the hole left by the redemption”. He stated, at p. 6354:

Surely, what must have been intended by section 11(1)(c) was that the interest should be deductible for the years in which the borrowed capital was employed in the business rather than that it should be deductible for the life of the loan as long as its first use was in the business.

The main case on which the Crown relied to rebut the *Trans-Prairie* case was *Sternthal v. The Queen*, 74 D.T.C. 6646 (F.C.T.D.) In *Sternthal*, a taxpayer with a large excess of assets over liabilities borrowed a sum of \$246,800. On the same day he gave interest free loans to his children totalling \$280,000. The taxpayer argued that he was entitled to use his assets to make loans to his children and to borrow for the purpose of “filling the gap” left by the making of such loans. Therefore, he argued, as long as the assets which made the loan possible were used to produce income, interest on the borrowing was deductible. Kerr J. did not agree. He held that the taxpayer used the borrowed money to make non-interest bearing loans to his children, not for the purpose of earning income. The taxpayer chose to find the money for the loans by borrowing and the fundamental purpose of the borrowing was to make the loans.

Mr. Tremblay, in the present case, was of the opinion that the facts before him were more similar to *Sternthal* than *Trans-Prairie*. He concurred in the reasoning of Kerr J. in *Sternthal* and concluded that he ought to look at what the interest expense was calculated to effect, from a practical and business point of view, in assessing whether it was “used for the purpose of earning income from a business or property.” In attempting to apply such a test to the facts, Mr. Tremblay was not

ment impossible d'émettre des obligations sans avoir préalablement racheté ses actions privilégiées. Par conséquent, la contribuable a emprunté 700 000 \$, dont 400 000 \$ ont été affectés au rachat des actions privilégiées et les 300 000 \$ restant à l'expansion de son entreprise. Le président Jackett a déclaré déductible l'intérêt payé sur la totalité de l'emprunt de 700 000 \$. D'après lui, les fonds empruntés servaient à [TRADUCTION] «combler la perte laissée par le rachat». Il a dit à ce propos, à la p. 6354:

[TRADUCTION] Il faut sûrement déduire de l'alinéa 11(1)c) que les intérêts sont déductibles à l'égard des années pendant lesquelles le capital emprunté a été utilisé pour les fins de l'entreprise et non qu'ils le sont pendant la durée de l'emprunt pourvu qu'ils aient servi d'abord à l'entreprise.

À l'arrêt *Trans-Prairie*, Sa Majesté a opposé principalement la décision *Sternthal c. La Reine*, 74 D.T.C. 6646 (C.F.D.P.I.) Dans l'affaire *Sternthal*, un contribuable dont l'actif dépassait largement le passif a emprunté la somme de 246 800 \$. Le même jour, il a consenti à ses enfants des prêts sans intérêt totalisant 280 000 \$. Le contribuable a soutenu qu'il avait le droit d'utiliser ses éléments d'actif pour consentir des prêts à ses enfants et d'emprunter pour «compenser» les sorties de fonds. Par conséquent, a-t-il prétendu, à condition que les éléments d'actif qui ont rendu l'emprunt possible aient été utilisés pour produire un revenu, l'intérêt sur l'argent emprunté était déductible. Le juge Kerr a rejeté cet argument. D'après lui, le contribuable avait utilisé les fonds empruntés pour faire des prêts sans intérêt à ses enfants, non pas pour en tirer un revenu. Le contribuable a choisi d'obtenir par voie d'emprunt les fonds destinés aux prêts et l'emprunt a été contracté essentiellement dans le but de consentir ces prêts.

Monsieur Tremblay a estimé en l'espèce que les faits s'apparentaient davantage à ceux de l'affaire *Sternthal* qu'à ceux de l'affaire *Trans-Prairie*. Il a souscrit au raisonnement du juge Kerr dans l'affaire *Sternthal* et a conclu qu'en déterminant si la dépense au titre d'intérêts a été «utilis[e] en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien», il devait tenir compte de l'objet visé par cette dépense, d'un point de vue pratique et commercial. Quand il a essayé d'appliquer ce critère aux faits,

satisfied that the evidence was clear concerning the manner in which the Trust's income was augmented by the incurring of the loan expense. In his view, the trustees' policy of separating asset management from liability management might have been "a good administrative explanation". It was, however, "not sufficient to base a policy to allow deduction on interest paid on all loans made by the Trust for paying capital allocation[s] to the beneficiary". The evidence given was not complete. Accordingly the appeal was dismissed.

(b) *Federal Court, Trial Division*

The Trust took its suit to the Federal Court, Trial Division where it was heard *de novo* by Marceau J. ([1980] 2 F.C. 453). The Trust maintained its contention that even if the proceeds of the loans negotiated with the Bank were actually used to pay the allocations made in favour of the beneficiary, they must still be deemed to have been "used for the purpose of earning income from property" within the meaning of the Act, since their use allowed the Trust to retain securities which were income producing and which moreover increased in value before the loans were redeemed. Marceau J. said at p. 454, "The defendant [i.e., the Crown] disagrees, and in my view rightly so." More detailed evidence was produced regarding the assets held by the Trust. Nevertheless, Marceau J. dismissed the appeal. He, like Mr. Tremblay of the Tax Review Board, accepted the principle that it is the actual and real effect of a transaction or series of transactions that was relevant, rather than its "legal" or apparent aspect. If the transactions in the present case had merely changed the composition of the income-earning property of the Trust by liquidating one debt and substituting another, then he would have accepted the proposition that the real purpose of the transactions was to earn income from the Trust. He concluded, however, that the net effect of the trustees' actions was to reduce the income-earning

M. Tremblay n'était pas convaincu que la preuve établissait clairement la manière dont le revenu de la fiducie a été augmenté par suite des emprunts. À son avis, la politique des fiduciaires consistant à séparer l'administration de l'actif d'avec l'administration du passif aurait pu constituer «une bonne explication sur le plan administratif». Ce n'était toutefois «pas suffisant pour qu'on permette à la fiducie de déduire les intérêts payés sur tous les emprunts qu'elle a contractés dans le but de faire une attribution de capital à la bénéficiaire». La preuve apportée était incomplète. Par conséquent, l'appel a été rejeté.

c b) *Division de première instance de la Cour fédérale*

La fiducie s'est adressée à la Division de première instance de la Cour fédérale et sa cause a été entendue *de novo* par le juge Marceau ([1980] 2 C.F. 453). La fiducie a continué à soutenir que, même si les montants empruntés à la banque ont réellement été utilisés pour verser à la bénéficiaire les prélèvements sur le capital, on doit néanmoins considérer ces montants comme ayant été «utilisés en vue de tirer un revenu . . . de biens» au sens où l'entend la Loi, puisque leur utilisation a permis à la fiducie de conserver des titres qui produisaient un revenu et dont en outre la valeur a augmenté avant le remboursement des emprunts. Le juge Marceau a dit à la p. 454: «La défenderesse [c.-à-d. Sa Majesté] n'est pas du même avis et j'estime qu'elle a raison.» Des preuves plus détaillées ont été produites relativement à l'actif de la fiducie. Néanmoins le juge Marceau a rejeté l'appel. Tout comme M. Tremblay de la Commission de révision de l'impôt, il a retenu le principe selon lequel on doit prendre en considération la conséquence réelle d'une opération ou d'une série d'opérations plutôt que leur aspect «juridique» ou apparent. Si les opérations en cause avaient simplement changé la composition du capital productif de la fiducie par la liquidation d'une dette et la substitution d'une autre, alors le juge Marceau aurait accepté le point de vue suivant lequel le but réel de ces opérations était de tirer un revenu de la fiducie. Il a conclu toutefois que, en définitive, les actes des fiduciaires ont eu pour effet de réduire d'environ 2 500 000 \$ le capital productif de la

property of the Trust by some \$2,500,000. Marceau J. pointed out that at p. 456:

... the decision here sought by the plaintiff would mean that without doing anything that could enhance the value of its property, nor even anything that could change the composition of its assets, the trust could nevertheless render non-taxable part of its income.

In the opinion of the trial judge the interest deduction was designed to encourage accretions to the total amount of tax-producing capital. Nothing was added to the capital base by the transactions of the Trust. It followed that the Minister was right in disallowing the deductions.

In summary, it appears that the critical factor for Marceau J. was that the borrowed money was used, directly or indirectly, to fund a reduction in the taxpayer's capital.

(c) *Federal Court of Appeal*

In the Federal Court of Appeal, [1983] 2 F.C. 797, Thurlow C.J., Hyde D.J. concurring, allowed the Trust's appeal. Thurlow C.J. held that the use of the borrowed money to pay the capital allocations was what enabled the trustees to keep the income-yielding Trust investments and to exploit them by obtaining for the Trust the income they were earning. Thurlow C.J. said at pp. 800-01:

Had the trustees sold income yielding investments to pay the allocations, the income of the trust would have been reduced accordingly. Had they given the beneficiary income-yielding investments in lieu of cash, the income of the trust would have been reduced accordingly. By not doing either, by borrowing money and using it to pay the allocations, the trustees preserved intact the income-yielding capacity of the trust's investments. That, as it seems to me, is sufficient, in the circumstances of this case, to characterize the borrowed money as having been used in the taxation years in question for the purpose of earning income from the trust property.

(Emphasis added.)

With respect, I have some difficulty with this passage. In a narrow sense it might be said that the trustees preserved intact the income-yielding capacity of the Trust's investments but the practical and business reality of the situation was that

fiducie. Le juge Marceau a fait remarquer, à la p. 456:

... la décision sollicitée en l'espèce par la demanderesse aurait pour conséquence de permettre à la fiducie de soustraire à l'impôt une partie de son revenu sans qu'il soit besoin pour elle de faire quoi que ce soit ni pour augmenter la valeur de son capital ni pour changer la composition de ses avoirs.

De l'avis du juge de première instance, la déduction au titre d'intérêts était destinée à favoriser l'accroissement du total des capitaux productifs d'impôts. Les opérations de la fiducie en l'espèce n'ont rien ajouté au capital. Il s'ensuit que c'est à bon droit que le ministre a refusé les déductions.

En résumé, le juge Marceau paraît avoir conclu que le facteur décisif était l'utilisation, directe ou indirecte, des emprunts pour réaliser une réduction du capital de la contribuable.

c) *Cour d'appel fédérale*

En Cour d'appel fédérale, le juge en chef Thurlow, [1983] 2 C.F. 797, à l'avis duquel le juge suppléant Hyde s'est rangé, a accueilli l'appel de la fiducie. Le juge en chef Thurlow a conclu que c'est l'affectation des fonds empruntés au paiement des prélèvements sur le capital qui a permis aux fiduciaires de conserver les placements productifs de revenu et de les exploiter en assurant à la fiducie le revenu en provenant. Le juge en chef Thurlow a dit aux pp. 800 et 801:

Si les fiduciaires avaient vendu les placements productifs de revenu pour payer les prélèvements, le revenu de la fiducie aurait été réduit d'autant. S'ils avaient donné à la bénéficiaire les placements productifs de revenu, le revenu de la fiducie aurait été réduit d'autant. En évitant ces solutions, en empruntant de l'argent pour payer les prélèvements, les fiduciaires ont conservé intacte la capacité productive des placements de la fiducie. Dans les circonstances, cela suffit, à mon avis, pour dire que l'argent emprunté a été utilisé dans les années fiscales en question en vue de tirer un revenu des biens de la fiducie.

(C'est moi qui souligne.)

Avec égards, j'ai de la difficulté à accepter ce passage. Dans un sens étroit, on pourrait prétendre que les fiduciaires ont conservé intacte la capacité productive des placements de la fiducie, mais la réalité pratique et commerciale était que la capa-

the net income-yielding capacity of the Trust was reduced by the annual debt load from the bank borrowings which, as I have said, amounted to \$110,114 in 1970. Thurlow C.J., however, characterized the borrowed money as having been used for the purpose of earning income from property and it made no difference, according to him, that the immediate use of the funds was to pay directly the capital allocations rather than to repurchase investments which might have been liquidated to pay the allocations. In his view, the focus of the statute was on the income-earning purpose of the trustees in continuing to hold the Trust investments. Moreover, it did not matter that the trustees, in continuing to hold the investments, might also have had an eye to the possible appreciation of their capital value. The majority of the Court did, however, express one important reservation on the scope of its holding. The majority, at pp. 801-02, was careful to limit the ratio of its decision to trusts, as distinct from individuals:

It should be noted that a trust such as that here in question has no purpose and the trustees have no purpose save to hold trust property, to earn income therefrom and to deal with such income and the capital of the trust in accordance with the provisions of the trust instrument. In that respect a trust differs from an individual person who may have many purposes, both business and personal. Compare *Sternthal v. Her Majesty The Queen* ((1974), 74 DTC 6646 (F.C.T.D.)) where the taxpayer, an individual, had no obligation to lend money to his children but invested his borrowings in interest-free loans to them.

Pratte J. dissented. He agreed with Marceau J. that the borrowed funds were in fact used to pay capital allocations in favour of the beneficiary. The allocations could not, by any stretch of the imagination, be considered as having been used for the purpose of earning income. In his view, *Trans-Prairie* was not applicable. Unlike *Trans-Prairie*, where the money previously subscribed by preferred shareholders had been used by the company for the purpose of earning income from the business, in this case the money paid to the beneficiary had not already been used by the trust for the purpose of earning income. Pratte J. said at p. 804:

cité productive nette de la fiducie a été réduite par la charge annuelle que représentaient les emprunts bancaires, charge qui, comme je l'ai déjà fait remarquer, revenait à 110 114 \$ en 1970. Le juge en chef Thurlow a cependant conclu que l'argent emprunté avait été utilisé en vue de tirer un revenu de biens et, selon lui, peu importait que l'usage immédiat auquel les fonds étaient destinés ait été le paiement direct des sommes prélevées sur le capital plutôt que le rachat de placements qui avaient pu être liquidés pour payer lesdites sommes. À son avis, la loi attachait de l'importance surtout au but dans lequel les fiduciaires ont conservé les placements en fiducie, ce but étant en l'espèce d'en tirer un revenu. De plus, il n'importait pas que les fiduciaires, en conservant les placements, aient pu également envisager une hausse possible de leur valeur. La majorité a toutefois fait une réserve significative quant à la portée de sa conclusion. En effet, elle a eu soin de limiter l'application de sa décision aux fiducies, par opposition aux particuliers aux pp. 801 et 802:

Il faut souligner qu'une fiducie du genre de celle en l'espèce n'a pas d'objet particulier et que les fiduciaires n'ont pas de but précis si ce n'est de détenir les biens de la fiducie, d'en tirer un revenu et de disposer du revenu et du capital conformément aux dispositions de l'acte de fiducie. À cet égard, une fiducie est différente d'un particulier qui peut avoir plusieurs buts, à la fois commerciaux et personnels. On peut établir une comparaison avec l'affaire *Sternthal v. Her Majesty The Queen* ((1974), 74 D.T.C. 6646 (C.F. 1^{re} inst.)) dans laquelle le contribuable, un particulier, n'était pas tenu de prêter de l'argent à ses enfants mais a placé ses emprunts dans des prêts qu'il leur a consentis sans intérêt.

Le juge Pratte était dissident. Comme le juge Marceau, il a estimé que les fonds empruntés avaient en réalité été utilisés pour verser à la bénéficiaire des prélèvements sur le capital. Il est impossible de conclure que ces prélèvements ont été utilisés pour produire un revenu. Selon le juge Pratte, l'arrêt *Trans-Prairie* ne s'appliquait pas. Dans cette affaire, les sommes que les actionnaires privilégiés avaient souscrites auparavant ont été utilisées par la compagnie en vue de tirer un revenu de son entreprise, tandis qu'en l'espèce les sommes versées à la bénéficiaire n'avaient pas déjà été utilisées par la fiducie pour produire un revenu. Le juge Pratte a dit à la p. 804:

Pursuant to the relevant provisions of the *Income Tax Act*, the interest here in question was not deductible unless the money borrowed from the Bank of Montreal had been "used for the purpose of earning income from a business or property". It was not so used but was, in fact, used to pay the capital allocations made by the Trustees in favour of Miss Bronfman. The appellant's argument, in my view, ignores the language of the *Act*.

With respect, I agree.

IV

Eligible and Ineligible Uses of Borrowed Money

It is perhaps otiose to note at the outset that in the absence of a provision such as s. 20(1)(c) specifically authorizing the deduction from income of interest payments in certain circumstances, no such deductions could generally be taken by the taxpayer. Interest expenses on loans to augment fixed assets or working capital would fall within the prohibition against the deduction of a "payment on account of capital" under s. 18(1)(b): *Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717, at pp. 722-23 per Kerwin C.J. and at p. 727 per Rand J.

I agree with Marceau J. as to the purpose of the interest deduction provision. Parliament created s. 20(1)(c)(i), and made it operate notwithstanding s. 18(1)(b), in order to encourage the accumulation of capital which would produce taxable income. Not all borrowing expenses are deductible. Interest on borrowed money used to produce tax exempt income is not deductible. Interest on borrowed money used to buy life insurance policies is not deductible. Interest on borrowings used for non-income earning purposes, such as personal consumption or the making of capital gains is similarly not deductible. The statutory deduction thus requires a characterization of the use of borrowed money as between the eligible use of earning non-exempt income from a business or property and a variety of possible ineligible uses. The onus is on the taxpayer to trace the borrowed funds to an identifiable use which triggers the deduction. Therefore, if the taxpayer commingles

Suivant les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'intérêt dont il s'agit en l'espèce n'est pas déductible à moins que l'argent emprunté à la Banque de Montréal n'ait été «utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien». Ce n'est pas à cette fin qu'il a été utilisé, mais pour payer les prélèvements sur le capital que les fiduciaires ont accordés à M^lc Bronfman. L'argument de l'appelante, à mon avis, ne fait aucun cas des termes de la Loi.

b Avec égards, je suis d'accord.

IV

Utilisations admissibles et inadmissibles des fonds empruntés

Il est peut-être superflu de souligner dès le départ que, à défaut d'une disposition telle que l'al. 20(1)c), qui autorise expressément que les intérêts payés soient dans certaines circonstances déduits du revenu, le contribuable ne peut en règle générale bénéficier d'aucune déduction de ce genre. Les intérêts sur les emprunts contractés pour augmenter les immobilisations ou le fonds de roulement relèveraient de l'interdiction de déduire tout «paiement à titre de capital», prévue à l'al. 18(1)b): *Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717, aux pp. 722 et 723 des motifs du juge en chef Kerwin et à la p. 727 des motifs du juge Rand.

Je partage l'avis du juge Marceau quant au but de la disposition permettant la déduction d'intérêts. Le législateur a conçu le sous-al. 20(1)c)(i) et lui a donné effet nonobstant l'al. 18(1)b) pour favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables. Ce ne sont pas tous les intérêts qui sont déductibles. L'intérêt sur l'argent emprunté pour produire un revenu exempt d'impôt ne l'est pas. L'intérêt sur l'argent emprunté pour acheter des polices d'assurance-vie ne l'est pas. L'intérêt sur les emprunts utilisés à des fins non productives de revenu, telles que la consommation personnelle ou la réalisation de gains en capital, ne l'est pas non plus. La déduction prévue par la loi exige donc qu'on détermine si l'argent emprunté a été utilisé en vue de tirer un revenu imposable d'une entreprise ou d'un bien, ce qui constitue une utilisation admissible, ou s'il a été affecté à quelque une des possibles utilisations inadmissibles. Il incombe au contribuable d'établir que les fonds

funds used for a variety of purposes only some of which are eligible he or she may be unable to claim the deduction: see, for example, *Mills v. Minister of National Revenue*, 85 D.T.C. 632 (T.C.C.); *No. 616 v. Minister of National Revenue*, 59 D.T.C. 247 (T.A.B.)

The interest deduction provision requires not only a characterization of the use of borrowed funds, but also a characterization of "purpose". Eligibility for the deduction is contingent on the use of borrowed money for the purpose of earning income. It is well-established in the jurisprudence, however, that it is not the purpose of the borrowing itself which is relevant. What is relevant, rather, is the taxpayer's purpose in using the borrowed money in a particular manner: *Auld v. Minister of National Revenue*, 62 D.T.C. 27 (T.A.B.) Consequently, the focus of the inquiry must be centered on the use to which the taxpayer put the borrowed funds.

In my opinion, the distinction between eligible and ineligible uses of borrowed funds applies just as much to taxpayers who are corporations or trusts as it does to taxpayers who are natural persons. While it is true that corporations or trusts are less likely to be motivated by personal consumption purposes, there remains nevertheless a variety of ineligible uses for borrowed money which apply to artificial persons. A trust may, for example, purchase assets for the purpose of capital gain. Or, as in the present instance, it may distribute capital to a trust beneficiary. It follows, with respect, that I cannot accept the suggestion of the majority of the Federal Court of Appeal that virtually any use of borrowed funds by a trust, rather than by an individual, will satisfy the requirements of the statutory interest deduction. Fairness requires that the same legal principles must apply to all taxpayers, irrespective of their status as natural or artificial persons, unless the Act specifically provides otherwise.

empruntés ont été utilisés à une fin identifiable ouvrant droit à la déduction. Par conséquent, si le contribuable mélange des fonds utilisés à différentes fins, dont une partie seulement est admissible, il peut ne pas pouvoir réclamer la déduction: voir, par exemple, *Mills c. Ministre du Revenu national*, 85 D.T.C. 632 (C.C.I.); *No. 616 v. Minister of National Revenue*, 59 D.T.C. 247 (C.A.I.)

La disposition prévoyant la déduction des intérêts exige non seulement la détermination de l'usage auquel ont été affectés les fonds empruntés, mais aussi la détermination de la «fin». L'admissibilité à la déduction est soumise à la condition que l'argent emprunté soit utilisé pour produire un revenu. Cependant, il est bien établi par la jurisprudence que le point pertinent n'est pas la fin de l'emprunt lui-même. Ce qui est pertinent est plutôt la fin qu'a visée le contribuable en utilisant l'argent emprunté d'une manière particulière: *Auld v. Minister of National Revenue*, 62 D.T.C. 27 (C.A.I.) Il s'ensuit donc que l'examen de la situation doit être centrée sur l'usage que le contribuable a fait des fonds empruntés.

À mon avis, la distinction entre les utilisations admissibles et les utilisations inadmissibles de fonds empruntés s'applique aussi bien aux contribuables qui sont des sociétés ou des fiducies qu'à ceux qui sont des personnes physiques. Certes, il est moins probable que les sociétés ou les fiducies soient motivées par la consommation personnelle, mais il existe néanmoins plusieurs façons inadmissibles dont des personnes morales peuvent utiliser de l'argent emprunté. Une fiducie peut, par exemple, se porter acquéreur de biens en vue de la réalisation d'un gain en capital. Ou, comme c'est le cas en l'espèce, elle peut verser une partie du capital à un bénéficiaire de la fiducie. Cela étant, avec égards, je ne puis accepter la suggestion de la Cour d'appel fédérale, à la majorité, que presque n'importe quel usage qu'une fiducie, par opposition à un particulier, fait de fonds empruntés suffira pour remplir les conditions d'admissibilité prévue par la loi quant à la déduction des intérêts. Il faut en toute justice que les mêmes principes de droit s'appliquent à tous les contribuables, indépendamment de leur qualité de personne physique ou de personne morale, à moins que la Loi ne dise expressément le contraire.

V

Original or Current Use of Borrowed Money

The cases are consistent with the proposition that it is the current use rather than the original use of borrowed funds by the taxpayer which is relevant in assessing deductibility of interest payments: see, for example, *Lakeview Gardens Corp. v. Minister of National Revenue*, [1973] C.T.C. 586 (F.C.T.D.), *per* Walsh J., for a correct application of this principle. A taxpayer cannot continue to deduct interest payments merely because the original use of borrowed money was to purchase income-bearing assets, after he or she has sold those assets and put the proceeds of sale to an ineligible use. To permit the taxpayer to do so would result in the borrowing of funds to finance the purchase of income-earning property which could be re-sold immediately without affecting the deductibility of interest payments for an indefinite period thereafter.

Conversely, a taxpayer who uses or intends to use borrowed money for an ineligible purpose, but later uses the funds to earn non-exempt income from a business or property, ought not to be deprived of the deduction for the current, eligible use: *Sinha v. Minister of National Revenue*, [1981] C.T.C. 2599 (T.R.B.); *Attaie v. Minister of National Revenue*, 85 D.T.C. 613 (T.C.C.) (presently under appeal). For example, if a taxpayer borrows to buy personal property which he or she subsequently sells, the interest payments will become prospectively deductible if the proceeds of sale are used to purchase eligible income-earning property.

There is, however, an important natural limitation on this principle. The borrowed funds must still be in the hands of the taxpayer, as traced through the proceeds of disposition of the preceding ineligible use, if the taxpayer is to claim the deduction on the basis of a current eligible use. Where the taxpayer has expended the borrowings on an ineligible use, and has received no enduring benefit or saleable property in return, the bor-

V

Utilisation primitive ou utilisation actuelle des fonds empruntés

^a La jurisprudence étaye la proposition selon laquelle c'est l'utilisation actuelle plutôt que l'utilisation primitive des fonds empruntés par le contribuable qu'on doit retenir pour déterminer si les intérêts sont déductibles: voir, par exemple, *Lakeview Gardens Corp. v. Minister of National Revenue*, [1973] C.T.C. 586 (C.F.D.P.I.), le juge Walsh, pour une application correcte de ce principe. Un contribuable ne peut pas, du simple fait que l'argent emprunté a servi originairement à l'achat de biens productifs de revenu, continuer à déduire les intérêts après qu'il a vendu ces biens et qu'il a affecté le produit à une utilisation inadmissible. Permettre au contribuable d'agir ainsi aurait ^b pour conséquence qu'on emprunterait des fonds pour financer l'achat de biens productifs de revenu, lesquels pourraient être revendus immédiatement, les intérêts restant néanmoins déductibles pendant une période indéfinie. ^c

Inversement, un contribuable qui utilise ou qui entend utiliser de l'argent emprunté pour une fin inadmissible, mais qui s'en sert ultérieurement pour tirer un revenu imposable d'une entreprise ou d'un bien, ne devrait pas se voir privé de la déduction à l'égard de l'utilisation actuelle, qui est admissible: *Sinha c. Ministre du Revenu national*, [1981] C.T.C. 2599 (C.R.I.); *Attaie c. Ministre du Revenu national*, 85 D.T.C. 613 (C.C.I.), qui fait présentement l'objet d'un appel. Par exemple, dans le cas où un contribuable emprunte pour acheter un bien meuble qu'il vend par la suite, les intérêts payés deviendront déductibles si le produit de la vente est affecté à l'achat de biens admissibles productifs de revenu. ^d

Ce principe souffre toutefois une importante restriction naturelle. Si le contribuable veut réclamer la déduction en raison d'une utilisation actuelle qui est admissible, il faut que les fonds empruntés soient encore en sa possession, ce qui peut être établi en retraçant le parcours du produit de la disposition des biens qui constituaient l'utilisation inadmissible antérieure. Lorsque le contribuable a dépensé les emprunts pour un usage ^e

rowed money can obviously not be available to the taxpayer for a subsequent use, whether eligible or ineligible. A continuing obligation to make interest payments to the creditor therefore does not conclusively demonstrate that the borrowed money has a continuing use for the taxpayer.

In the present case the borrowed money was originally used to make capital allocations to the beneficiary for which the Trust received no property or consideration of any kind. That use of the borrowings was indisputably not of an income-earning nature. Accordingly, unless the direct use of the money ought to be overlooked in favour of an alleged indirect income-earning use, the Trust cannot be permitted to deduct the interest payments in issue in this appeal.

VI

Direct and Indirect Uses of Borrowed Money

As I have indicated, the respondent Trust submits that the borrowed funds permitted the Trust to retain income-earning properties which it otherwise would have sold in order to make the capital allocations to the beneficiary. Such a use of borrowings, it argues, is sufficient in law to entitle it to the interest deduction. In short, the Court is asked to characterize the transaction on the basis of a purported indirect use of borrowed money to earn income rather than on the basis of a direct use of funds that was counter-productive to the Trust's income-earning capacity.

In my view, neither the *Income Tax Act* nor the weight of judicial authority permits the courts to ignore the direct use to which a taxpayer puts borrowed money. One need only contemplate the consequences of the interpretation sought by the Trust in order to reach the conclusion that it cannot have been intended by Parliament. In order for the Trust to succeed, s. 20(1)(c)(i) would have to be interpreted so that a deduction would be permitted for borrowings by any taxpayer who

inadmissible, sans recevoir en contrepartie aucun bénéfice durable ni aucun bien vendable, il est évident que ce contribuable ne dispose pas de l'argent emprunté et qu'il ne peut pas s'en servir par la suite à une autre fin, que celle-ci soit admissible ou inadmissible. Par conséquent, une obligation continue de payer des intérêts au créancier ne prouve pas de façon concluante que le contribuable fait encore usage de l'argent emprunté.

En l'espèce, l'argent emprunté a été utilisé primitivement pour verser à la bénéficiaire des prélèvements sur le capital en contrepartie desquels la fiducie n'a reçu rien du tout. Incontestablement, il s'agissait là d'une utilisation des emprunts qui ne produisait pas de revenu. Dans ces circonstances, à l'utilisation directe de l'argent et de retenir plutôt un prétendu usage indirect qui produisait un revenu, on ne saurait permettre à la fiducie de déduire les intérêts présentement en cause.

VI

Utilisations directes et utilisations indirectes des fonds empruntés

Comme je l'ai déjà fait remarquer, la fiducie intimée allègue que les emprunts lui ont permis de conserver des biens productifs de revenu qu'elle aurait sans cela vendus afin de pouvoir verser à la bénéficiaire les prélèvements sur le capital. Cette utilisation des fonds empruntés, soutient-elle, suffit en droit pour qu'elle puisse déduire les intérêts. En bref, on demande à la Cour de qualifier l'opération en fonction d'une prétendue utilisation indirecte des emprunts pour en tirer un revenu, plutôt qu'en fonction d'une utilisation directe qui nuisait à la capacité de la fiducie de gagner des revenus.

À mon avis, ni la *Loi de l'impôt sur le revenu* ni la jurisprudence n'autorisent les tribunaux à ne pas tenir compte de l'usage direct qu'un contribuable fait d'argent emprunté. Il suffit d'envisager les conséquences de l'interprétation préconisée par la fiducie pour qu'on arrive à la conclusion que cette interprétation ne peut pas être celle qu'a voulue le législateur. La fiducie ne peut obtenir gain de cause que si le sous-al. 20(1)(c)(i) s'interprète de manière à permettre une déduction à l'égard des

owned income-producing assets. Such a taxpayer could, on this view, apply the proceeds of a loan to purchase a life insurance policy, to take a vacation, to buy speculative properties, or to engage in any other non-income-earning or ineligible activity. Nevertheless, the interest would be deductible. A less wealthy taxpayer, with no income-earning assets, would not be able to deduct interest payments on loans used in the identical fashion. Such an interpretation would be unfair as between taxpayers and would make a mockery of the statutory requirement that, for interest payments to be deductible, borrowed money must be used for circumscribed income-earning purposes.

One finds in the Act not only the distinction within s. 20(1)(c)(i) between eligible and ineligible uses of funds, but other provisions which also require the tracing of funds to particular uses in a manner inconsistent with the argument of the Trust. Section 20(3) (formerly s. 11(3b)) stipulates, for example, that interest on money borrowed to repay an existing loan shall be deemed to have been used for the purpose for which the previous borrowings were used. This provision would, of course, be unnecessary if interest on borrowed money were deductible when the taxpayer had income-earning properties to preserve. On the contrary, however, for taxation years prior to the enactment of s. 11(3b) in S.C. 1953-54, c. 57, s. 2(6), it had been held that such interest was not deductible since the borrowings were used to repay a loan and not to earn income: *Interior Breweries Ltd. v. Minister of National Revenue*, 55 D.T.C. 1090, at p. 1093 (Ex. Ct.)

It is not surprising, therefore, that the cases interpreting s. 20(1)(c)(i) and its predecessor provisions have not favoured the view that a direct ineligible use of borrowed money ought to be overlooked whenever an indirect eligible use of funds can be found. See *Sternthal* and also *Gar-*

emprunts contractés par un contribuable qui possède des biens productifs de revenu. Suivant cette thèse, ce contribuable pourrait se servir du produit de l'emprunt pour acheter une police d'assurance-vie, pour s'offrir des vacances, pour se porter acquéreur de biens spéculatifs ou pour se livrer à n'importe quelle autre activité non productive de revenu ou inadmissible. L'intérêt serait néanmoins déductible. Un contribuable moins nanti, par contre, qui ne possède pas de biens productifs de revenu, ne pourrait pas déduire les intérêts payés sur des emprunts utilisés d'une manière identique. Une telle interprétation serait injuste envers certains contribuables et, en même temps, constituerait une entorse criante à l'exigence légale selon laquelle la déductibilité des intérêts est conditionnelle à l'utilisation de l'argent emprunté à des fins bien précises productives de revenu.

On trouve dans la Loi non seulement la distinction que fait le sous-al. 20(1)c)(i) entre les utilisations admissibles et inadmissibles des fonds, mais d'autres dispositions qui exigent également que des fonds aient été affectés à des usages particuliers, ce qui vient contredire l'argument de la fiducie. Le paragraphe 20(3), anciennement le par. 11(3b), prévoit par exemple, que l'intérêt sur l'argent emprunté pour rembourser un emprunt existant est réputé avoir été utilisé aux fins pour lesquelles l'emprunt antérieur a été utilisé. Il va sans dire que cette disposition serait superflue si l'intérêt sur l'argent emprunté était déductible dans les cas où le contribuable avait des biens productifs de revenu à conserver. Au contraire, toutefois, pour les années d'imposition antérieures à l'adoption du par. 11(3b) dans S.C. 1953-54, chap. 57, par. 2(6), on avait conclu à la non-déductibilité de ces intérêts parce que les emprunts étaient utilisés pour rembourser un autre emprunt et non pas pour produire un revenu: *Interior Breweries Ltd. v. Minister of National Revenue*, 55 D.T.C. 1090, à la p. 1093 (C. de l'É.)

Il n'est donc pas surprenant que les décisions interprétant le sous-al. 20(1)c)(i) et les dispositions qu'il a remplacées n'ont pas adopté le point de vue selon lequel on doit ne pas tenir compte d'une utilisation inadmissible directe de l'argent emprunté chaque fois qu'il est possible de décou-

neau Marine Co. v. Minister of National Revenue, 82 D.T.C. 1171 (T.R.B.)

In a similar vein, it has been held repeatedly that an individual cannot deduct interest paid on the mortgage of a personal residence even though he or she claims that the borrowing avoided the need to sell income-producing investments. Some of the more recent cases include: *Toolsie v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 216 (F.C.T.D.); *Jordanov v. Minister of National Revenue*, 86 D.T.C. 1136 (T.C.C.); *Day v. Minister of National Revenue*, 84 D.T.C. 1184 (T.C.C.); *Eelkema v. Minister of National Revenue*, 83 D.T.C. 253 (T.R.B.); *Zanyk v. Minister of National Revenue*, 81 D.T.C. 48 (T.R.B.); *Holmann v. Minister of National Revenue*, 79 D.T.C. 594 (T.R.B.); *Huber v. Minister of National Revenue*, 79 D.T.C. 936 (T.R.B.); *Dorman v. Minister of National Revenue*, 77 D.T.C. 251 (T.R.B.), and *Verhoeven v. Minister of National Revenue*, 75 D.T.C. 230 (T.R.B.) It has also been held in a number of cases that an estate cannot deduct interest paid on borrowings used to pay succession duties or taxes even though the estate claims to have borrowed in lieu of selling income-producing investments: *Shields v. Minister of National Revenue*, 68 D.T.C. 668 (T.A.B.); *Auld v. Minister of National Revenue*; *Cutten v. Minister of National Revenue*, 56 D.T.C. 454 (T.A.B.); *No. 228 v. Minister of National Revenue*, 55 D.T.C. 39 (T.A.B.); *No. 185 v. Minister of National Revenue*, 54 D.T.C. 395 (T.A.B.)

The leading case from this Court on the availability of the interest deduction, *Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue*, also demonstrates a reluctance to overlook a clearly ineligible direct use of borrowed money in order to favour the taxpayer by characterizing the transaction on the basis of a less direct eligible use of borrowings. The taxpayer corporation in that case sought to deduct the interest on a series of debentures which the corporation used to finance the purchase of shares in another, related corporation. In the period in question, 1947-1949, dividends from

vrir une utilisation admissible indirecte des fonds. Voir l'affaire *Sternthal* ainsi que *Garneau Marine Co. c. Ministre du Revenu national*, 82 D.T.C. 1171 (C.R.I.)

^a

Dans le même ordre d'idées, on a conclu à maintes reprises qu'un particulier ne peut pas déduire l'intérêt payé sur l'hypothèque grevant une habitation personnelle, même s'il allègue que l'emprunt lui a évité d'avoir à vendre des placements productifs de revenu. Parmi les affaires les plus récentes, on peut mentionner: *Toolsie c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 216 (C.F.D.P.I.); *Jordanov c. Ministre du Revenu national*, 86 D.T.C. 1136 (C.C.I.); *Day c. Ministre du Revenu national*, 84 D.T.C. 1184 (C.C.I.); *Eelkema c. Ministre du Revenu national*, 83 D.T.C. 253 (C.R.I.); *Zanyk c. Ministre du Revenu national*, 81 D.T.C. 48 (C.R.I.); *Holmann c. Ministre du Revenu national*, 79 D.T.C. 594 (C.R.I.); *Huber c. Ministre du Revenu national*, 79 D.T.C. 936 (C.R.I.); *Dorman c. Ministre du Revenu national*, 77 D.T.C. 251 (C.R.I.); et *Verhoeven c. Ministre du Revenu national*, 75 D.T.C. 230 (C.R.I.) En outre, un bon nombre de décisions établissent qu'une succession ne peut pas déduire l'intérêt payé sur des emprunts utilisés pour acquitter des taxes ou des droits successoraux, même si la succession prétend avoir emprunté plutôt que de vendre des placements productifs de revenu: *Shields v. Minister of National Revenue*, 68 D.T.C. 668 (C.A.I.); *Auld v. Minister of National Revenue*; *Cutten v. Minister of National Revenue*, 56 D.T.C. 454 (C.A.I.); *No. 228 v. Minister of National Revenue*, 55 D.T.C. 39 (C.A.I.); *No. 185 v. Minister of National Revenue*, 54 D.T.C. 395 (C.A.I.)

^b

^c

^d

^e

^f

^g

^h

L'arrêt *Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue* de cette Cour, qui fait jurisprudence sur la question de la déductibilité des intérêts, traduit lui aussi une réticence à ne pas tenir compte d'une utilisation directe manifestement inadmissible afin d'aider le contribuable en qualifiant l'opération en fonction d'une utilisation admissible, mais moins directe, des emprunts. Dans cette affaire-là, la société-contribuable cherchait à déduire les intérêts sur une série de débetures qu'elle avait émises pour financer l'achat d'actions d'une autre société, qui lui était affiliée.

shares of Canadian corporations were exempted from taxable income. To the extent to which the debentures were used to produce dividend income from shares, the taxpayer was accordingly ineligible for the interest deduction. The taxpayer corporation argued however that the share purchase not only provided dividend income, but also increased the taxpayer's income from its existing business operations by giving it control over a wholesale supplier. This conferred a considerable advantage on the taxpayer relative to its competitors and allowed it to increase significantly its net income. Nevertheless, the Court held that the interest payments were not deductible, Locke J. dissenting. Rand J. stated, at p. 726:

No doubt there is in fact a causal connection between the purchase of the stock and the benefits ultimately received; but the statutory language cannot be extended to such a remote consequence; it could be carried to any length in a chain of subsidiaries; and to say that such a thing was envisaged by the ordinary expression used in the statute is to speculate and not interpret.

Referring to the interest expense deduction for borrowed money used for the purpose of earning income from business, Rand J. concluded, at p. 727:

What is aimed at by the section is an employment of the borrowed funds immediately within the company's business and not one that effects its purpose in such an indirect and remote manner.

Turning to borrowings used to generate income from property, he said at p. 728:

There is nothing in this language to extend the application to an acquisition of "power" annexed to stock, and to the indirect and remote effects upon the company of action taken in the course of business of the subsidiary.

Although the *Canada Safeway* case did not relate specifically to an alleged indirect use of funds to preserve income-producing assets, the

Pendant la période en cause, c'est-à-dire de 1947 à 1949, les dividendes provenant d'actions de sociétés canadiennes ne faisaient pas partie du revenu imposable. Dans la mesure où elle utilisait les débetures pour produire un revenu sous la forme de dividendes provenant d'actions, la contribuable ne pouvait pas bénéficier de la déduction au titre des intérêts. La société-contribuable a toutefois soutenu que l'achat d'actions lui a non seulement procuré un revenu tiré de dividendes, mais, en faisant passer sous son contrôle un grossiste, cet achat a entraîné aussi une augmentation du revenu tiré de ses opérations commerciales existantes. Cela avantageait considérablement la contribuable par rapport à ses concurrents et lui a permis d'augmenter sensiblement son revenu net. La Cour néanmoins, le juge Locke étant dissident, a conclu à la non-déductibilité des intérêts payés. Le juge Rand a dit, à la p. 726:

[TRADUCTION] Sans doute, il existe en réalité un lien causal entre l'achat des actions et les bénéfices finalement reçus, mais on ne saurait étirer la portée du texte législatif de manière qu'il s'applique à une conséquence à ce point indirecte; cela pourrait n'avoir aucune limite dans une chaîne de filiales; et prétendre que tel est le sens de l'expression courante employée dans la loi c'est se livrer à la conjecture plutôt que faire de l'interprétation.

Parlant de la déduction au titre de l'intérêt sur l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise, le juge Rand a conclu, à la p. 727:

[TRADUCTION] Ce qu'envisage l'article est l'utilisation immédiate des fonds empruntés dans l'entreprise et non pas une utilisation dont le but est atteint d'une manière aussi indirecte et aussi détournée.

Sur la question de l'utilisation d'emprunts pour tirer un revenu d'un bien, il a fait les observations suivantes, à la p. 728:

[TRADUCTION] Il n'y a rien dans cette formulation qui permette d'étendre l'application à l'acquisition du «pouvoir» qui s'attache à des actions ainsi que les effets indirects et médiats qu'aurait sur la société une mesure prise dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise de la filiale.

Bien que l'arrêt *Canada Safeway* ne porte pas directement sur une allégation d'utilisation indirecte de fonds pour conserver des biens productifs

emphasis on directness of use of borrowed funds in the reasons of Rand J. is antithetical to the submission of the taxpayer in the present appeal.

The respondent Trust prefers the decision of Jaccett P. in *Trans-Prairie*. In that case, as I have already indicated, Jaccett P. relied on the proposition, perfectly correct in so far as it goes, that it is the current use and not the original use of borrowed money that determines eligibility for a deduction. As stated previously, however, the fact that the taxpayer continues to pay interest does not inevitably lead to the conclusion that the borrowed money is still being used by the taxpayer, let alone being used for an income-earning purpose. For example, an asset purchased with borrowed money may have been disposed of, while the debt incurred in its purchase remains unpaid.

With the exception of *Trans-Prairie*, then, the reasoning of which is, in my opinion, inadequate to support the conclusion sought to be reached by the respondent Trust, the jurisprudence has generally been hostile to claims based on indirect, eligible uses when faced with direct but ineligible uses of borrowed money.

I acknowledge, however, that just as there has been a recent trend away from strict construction of taxation statutes (see *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at pp. 573-79, and *The Queen v. Golden*, [1986] 1 S.C.R. 209, at pp. 214-15), so too has the recent trend in tax cases been towards attempting to ascertain the true commercial and practical nature of the taxpayer's transactions. There has been, in this country and elsewhere, a movement away from tests based on the form of transactions and towards tests based on what Lord Pearce has referred to as a "common sense appreciation of all the guiding features" of the events in question: *B.P. Australia Ltd. v. Commissioner of Taxation of Australia*, [1966] A.C. 224 (P.C.), at p. 264. See also *F. H. Jones Tobacco Sales Co.*, [1973] F.C. 825 (T.D.) at p. 834, [1973] C.T.C. 784, at p. 790, per Noël A.C.J.; *Hallstroms Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1946), 8 A.T.D. 190 (High

de revenu, le fait que les motifs du juge Rand insistent sur le caractère direct de l'utilisation des fonds empruntés s'oppose diamétralement à l'argument de la contribuable en l'espèce.

^a La fiducie intimée préfère la décision *Trans-Prairie* du président Jaccett. Dans cette affaire, comme je l'ai déjà souligné, le président Jaccett s'est fondé sur la proposition, en soi parfaitement correcte, selon laquelle c'est l'utilisation actuelle et non pas l'usage primitif des fonds empruntés qui détermine l'admissibilité à une déduction. Je répète cependant que ce n'est pas parce que le contribuable continue à payer de l'intérêt qu'on ^b doit inévitablement conclure qu'il utilise encore l'argent emprunté et, à plus forte raison, qu'il ^c l'utilise pour produire un revenu. Par exemple, un bien acheté avec de l'argent emprunté peut avoir été vendu, tandis que la dette contractée aux fins ^d de l'achat reste impayée.

Donc, à l'exception de l'affaire *Trans-Prairie*, dont, à mon humble avis, le raisonnement ne justifie pas la conclusion que la fiducie intimée cherche ^e à tirer, la jurisprudence s'est montrée généralement hostile aux réclamations fondées sur des utilisations admissibles indirectes dans des cas où il y a une utilisation directe mais inadmissible des ^f fonds empruntés.

Je reconnais toutefois que, tout comme il y a eu tendance dernièrement à s'éloigner d'une interprétation stricte des lois fiscales (voir *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, aux pp. 573 à 579 et *La Reine c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209, aux pp. 214 et 215), de même la jurisprudence récente en matière fiscale a tendance à essayer de déterminer la véritable nature commerciale et pratique des opérations du contribuable. En effet, au Canada et ailleurs, les critères fondés sur la forme des opérations sont laissés de côté en faveur de critères fondés sur ce que lord Pearce a appelé une [TRADUCTION] «appréciation saine de toutes les caractéristiques directrices» des événements en question: *B.P. Australia Ltd. v. Commissioner of Taxation of Australia*, [1966] A.C. 224 (P.C.), à la p. 264. Voir aussi *F. H. Jones Tobacco Sales Co.*, [1973] C.F. 825 (D.P.I.), à la p. 834, [1973] C.T.C. 784, à la p. 790 le juge en chef adjoint Noël; *Hallstroms Pty.*

Ct.), at p. 196, *per* Dixon J.; and *Cochrane Estate v. Minister of National Revenue*, 76 D.T.C. 1154 (T.R.B.), *per* Mr. A.W. Prociuk, Q.C.

This is, I believe, a laudable trend provided it is consistent with the text and purposes of the taxation statute. Assessment of taxpayers' transactions with an eye to commercial and economic realities, rather than juristic classification of form, may help to avoid the inequity of tax liability being dependent upon the taxpayer's sophistication at manipulating a sequence of events to achieve a patina of compliance with the apparent prerequisites for a tax deduction.

This does not mean, however, that a deduction such as the interest deduction in s. 20(1)(c)(i), which by its very text is made available to the taxpayer in limited circumstances, is suddenly to lose all its strictures. It is not lightly to be assumed that an actual and direct use of borrowed money is any less real than the abstract and remote indirect uses which have, on occasion, been advanced by taxpayers in an effort to achieve a favourable characterization. In particular, I believe that despite the fact that it can be characterized as indirectly preserving income, borrowing money for an ineligible direct purpose ought not entitle a taxpayer to deduct interest payments.

The taxpayer in such a situation has doubly reduced his or her long run income-earning capacity: first, by expending capital in a manner that does not produce taxable income; and second, by incurring debt financing charges. The taxpayer, of course, has a right to spend money in ways which cannot reasonably be expected to generate taxable income but if the taxpayer chooses to do so, he or she cannot expect any advantageous treatment by the tax assessor. In my view, the text of the Act requires tracing the use of borrowed funds to a specific eligible use, its obviously restricted pur-

Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation (1946), 8 A.T.D. 190 (High Ct.), à la p. 196, le juge Dixon; et *Cochrane (Succession) c. Ministre du Revenu national*, 76 D.T.C. 1154 (C.R.I.), M^e A.W. Prociuk, c.r.

Il s'agit là, je crois, d'une tendance louable, pourvu qu'elle soit compatible avec le texte et l'objet de la loi fiscale. Si, en appréciant les opérations des contribuables, on a présent à l'esprit les réalités commerciales et économiques plutôt que quelque critère juridique formel, cela aidera peut-être à éviter que l'assujettissement à l'impôt dépende, ce qui serait injuste, de l'habileté avec laquelle le contribuable peut se servir d'une série d'événements pour créer une illusion de conformité avec les conditions apparentes d'admissibilité à une déduction d'impôt.

Cela ne signifie toutefois pas qu'une déduction telle que la déduction au titre d'intérêts prévue par le sous-al. 20(1)c)(i), laquelle, de par le texte même de cette disposition, ne peut être réclamée par un contribuable que dans des circonstances bien précises, ne doit tout à coup plus faire l'objet d'aucune restriction. Il ne faut pas supposer à la légère qu'une utilisation effective et directe d'argent emprunté est moins réelle que les utilisations abstraites et indirectes que les contribuables ont, à l'occasion, alléguées dans une tentative d'obtenir une qualification avantageuse de l'utilisation d'emprunts. En particulier, j'estime que, même si cela peut être décrit comme une façon indirecte de conserver un revenu, l'emprunt d'argent pour une fin directe inadmissible ne devrait pas conférer à un contribuable le droit de déduire les intérêts payés.

Dans une telle situation, le contribuable réduit doublement ses possibilités à long terme de produire des revenus: premièrement, en utilisant son capital d'une façon non productive de revenu imposable; et deuxièmement, en subissant les frais de financement reliés à la dette. Bien entendu, il est loisible au contribuable de dépenser de l'argent d'une manière dont on ne peut attendre qu'elle produise un revenu imposable, mais s'il prend ce parti, il ne peut pas s'attendre à ce que le fisc lui accorde un traitement avantageux. À mon avis, le texte de la Loi exige que les fonds empruntés aient

pose being the encouragement of taxpayers to augment their income-producing potential. This, in my view, precludes the allowance of a deduction for interest paid on borrowed funds which indirectly preserve income-earning property but which are not directly “used for the purpose of earning income from . . . property”.

Even if there are exceptional circumstances in which, on a real appreciation of a taxpayer's transactions, it might be appropriate to allow the taxpayer to deduct interest on funds borrowed for an ineligible use because of an indirect effect on the taxpayer's income-earning capacity, I am satisfied that those circumstances are not presented in the case before us. It seems to me that, at the very least, the taxpayer must satisfy the Court that his or her *bona fide* purpose in using the funds was to earn income. In contrast to what appears to be the case in *Trans-Prairie*, the facts in the present case fall far short of such a showing. Indeed, it is of more than passing interest that the assets which were preserved for a brief period of time yielded a return which grossly fell short of the interest costs on the borrowed money. In 1970, the interest costs on the \$2,200,000 of loans amounted to over \$110,000 while the return from an average \$2,200,000 of Trust assets (the amount of capital “preserved”) was less than \$10,000. The taxpayer cannot point to any reasonable expectation that the income yield from the Trust's investment portfolio as a whole, or indeed from any single asset, would exceed the interest payable on a like amount of debt. The fact that the loan may have prevented capital losses cannot assist the taxpayer in obtaining a deduction from income which is limited to use of borrowed money for the purpose of earning income.

Before concluding, I wish to address one final argument raised by counsel for the Trust. It was submitted — and the Crown generously conceded — that the Trust would have obtained an interest deduction if it had sold assets to make the capital allocation and borrowed to replace them. Accord-

été affectés à une utilisation admissible précise, car, à l'évidence, le but restreint qu'elle vise est d'encourager les contribuables à améliorer leurs possibilités de produire des revenus. Voilà, selon moi, qui vient empêcher qu'une déduction soit permise à l'égard de l'intérêt payé sur des fonds empruntés qui servent indirectement à conserver des biens productifs de revenu, mais qui ne sont pas utilisés directement «en vue de tirer un revenu . . . d'un bien».

Même s'il est des circonstances exceptionnelles dans lesquelles, selon une appréciation réaliste des opérations d'un contribuable, il pourrait convenir, en raison d'un effet indirect sur sa capacité de gagner des revenus, de lui permettre de déduire l'intérêt sur les fonds empruntés pour un usage inadmissible, je suis convaincu que de telles circonstances n'existent pas en l'espèce. Il me semble qu'à tout le moins, le contribuable doit convaincre la Cour que la fin réelle qu'il visait en utilisant les fonds était de gagner un revenu. À l'inverse de ce qui semble être le cas dans l'affaire *Trans-Prairie*, les faits en l'espèce sont loin de faire cette démonstration. D'ailleurs, il n'est pas simplement anecdotique que les biens, qui ont été conservés pendant une brève période, ont eu un rendement bien en deçà du loyer de l'argent emprunté. En 1970, l'intérêt sur les 2 200 000 \$ d'emprunts dépassait les 110 000 \$, tandis qu'une tranche moyenne de 2 200 000 \$ de biens de la fiducie (le montant du capital «conservé») rapportait moins de 10 000 \$. La contribuable ne peut alléguer aucune attente raisonnable que le rendement de l'ensemble du portefeuille de la fiducie, ou même d'un élément particulier de ce portefeuille, soit supérieur à l'intérêt payable sur un montant équivalent de la dette. Le fait que l'emprunt a pu servir à empêcher des pertes en capital ne peut aider la contribuable à obtenir une déduction prévue uniquement à l'égard de l'utilisation d'argent emprunté en vue de produire un revenu.

Avant de terminer, je veux aborder un dernier argument invoqué par l'avocat de la fiducie. On a soutenu — et Sa Majesté en a généreusement convenu — que la fiducie aurait obtenu une déduction au titre d'intérêts si elle avait vendu des biens en vue de payer les prélèvements sur le

ingly, it is argued, the Trust ought not to be precluded from an interest deduction merely because it achieved the same effect without the formalities of a sale and repurchase of assets. It would be a sufficient answer to this submission to point to the principle that the courts must deal with what the taxpayer actually did, and not what he might have done: *Matheson v. The Queen*, 74 D.T.C. 6176 (F.C.T.D.), *per* Mahoney J., at p. 6179. In any event, I admit to some doubt about the premise conceded by the Crown. If, for example, the Trust had sold a particular income-producing asset, made the capital allocation to the beneficiary and repurchased the same asset, all within a brief interval of time, the courts might well consider the sale and repurchase to constitute a formality or a sham designed to conceal the essence of the transaction, namely that money was borrowed and used to fund a capital allocation to the beneficiary. In this regard, see *Zwaig v. Minister of National Revenue*, [1974] C.T.C. 2172 (T.R.B.), in which the taxpayer sold securities and used the proceeds to buy a life insurance policy. He then borrowed on the policy to repurchase the securities. Under s. 20(1)(c)(i) the use of borrowed money to purchase a life insurance policy is not a use entitling the taxpayer to an interest deduction. The Tax Review Board rightly disallowed the deduction sought for interest payments, notwithstanding that the form of the taxpayer's transactions created an aura of compliance with the requirements of the interest deduction provision. The characterization of taxpayers' transactions according to their true commercial and practical nature does not always favour the taxpayer. The taxpayer Trust in this appeal asks the Court for the benefit of a characterization based on the alleged commercial and practical nature of its transactions. At the same time, however, it seeks to have the commercial and practical nature of its transactions determined by reference to a hypothetical characterization which reflects the epitome of formalism. I cannot accept that it should be allowed to succeed.

capital et avait ensuite emprunté pour remplacer ces biens. Par conséquent, selon ce point de vue, on ne devrait pas refuser à la fiducie une déduction au titre d'intérêts simplement parce qu'elle a obtenu le même résultat sans les formalités d'une vente et d'un rachat de biens. Il suffit pour répondre à cet argument d'invoquer le principe selon lequel les tribunaux doivent tenir compte de ce que le contribuable a réellement fait et non pas de ce qu'il aurait pu faire: *Matheson c. La Reine*, 74 D.T.C. 6176 (C.F.D.P.I.), le juge Mahoney, à la p. 6179. Quoi qu'il en soit, j'avoue que j'ai des doutes sur la prémisse admise par Sa Majesté. Si, par exemple, la fiducie avait dans un court laps de temps vendu un bien précis productif de revenu, payé le prélèvement sur le capital à la bénéficiaire et racheté le même bien, les tribunaux auraient bien pu estimer que la vente et le rachat constituaient une formalité ou un simulacre conçu pour dissimuler le caractère essentiel de l'opération, c'est-à-dire que de l'argent a été emprunté et utilisé pour financer le paiement d'un prélèvement sur le capital à la bénéficiaire. Sur ce point, voir l'affaire *Zwaig c. Ministre du Revenu national*, [1974] C.T.C. 2172 (C.R.I.), dans laquelle le contribuable a vendu des titres, s'est servi du produit pour acheter une police d'assurance-vie, puis a emprunté sur la police pour racheter les titres. Or, suivant le sous-al. 20(1)c(i), l'affectation d'argent emprunté à l'achat d'une police d'assurance-vie n'est pas une utilisation ouvrant droit à une déduction au titre d'intérêts. C'est donc à bon droit que la Commission de révision de l'impôt a refusé d'accorder la déduction réclamée à l'égard de l'intérêt payé, quoique la forme des opérations du contribuable ait été de nature à créer une apparence de conformité avec les exigences de la disposition prévoyant la déduction au titre d'intérêts. Les contribuables ne sont pas toujours favorisés quand on qualifie leurs opérations selon leur véritable caractère commercial et pratique. En l'espèce, la fiducie-contribuable demande à cette Cour de lui donner le bénéfice d'une qualification fondée sur le prétendu caractère commercial et pratique de ses opérations. En même temps, toutefois, elle veut que ce caractère commercial et pratique soit déterminé par référence à une qualification hypothétique qui est la quintessence du formalisme. Je ne puis admettre qu'elle réussisse.

It follows that I would allow the appeal and restore the assessments of the Minister of National Revenue, with costs in this Court, the Federal Court of Appeal and the Federal Court Trial Division.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Phillips & Vineberg, Montréal.

Il s'ensuit que je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les cotisations établies par le ministre du Revenu national, avec dépens en cette Cour, en Cour d'appel fédérale et en Division de première instance de la Cour fédérale.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: Roger Tassé, Ottawa.

b Procureurs de l'intimée: Phillips & Vineberg, Montréal.

The Ship "Har Rai" (*Defendant*) *Appellant*

v.

Marlex Petroleum, Inc. (*Plaintiff*) *Respondent*

and

The Shipping Corporation of India Ltd.
(*Defendant*)

INDEXED AS: MARLEX PETROLEUM INC. v. HAR RAI
(THE)

File No.: 18595.

1986: December 17, 18; 1987: January 29.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre,
Chouinard*, Lamer and Wilson J.J.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Maritime law — Liens — Action in rem to enforce a maritime lien for necessities arising under foreign law — Owner of the vessel not liable in personam for the necessities — Lien enforceable by action in rem in Canada.

Held: The appeal should be dismissed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1984] 2 F.C. 345, 4 D.L.R. (4th) 739, 53 N.R. 1, allowing respondent's appeal from a judgment of Mahoney J., [1982] 2 F.C. 617, dismissing an *in rem* action. Appeal dismissed.

P. D. Lowry and J. W. Perrett, for the appellant.

Duncan W. Shaw, Q.C., and *R. Glenn Morgan*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—We are all in agreement with the reasons for judgment delivered by the Federal Court of Appeal, [1984] 2 F.C. 345, 4 D.L.R. (4th) 739, 53 N.R. 1.

The appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Le navire «Har Rai» (*Défendeur*) *Appelant*

c.

Marlex Petroleum, Inc. (*Demanderesse*)
^a *Intimée*

et

The Shipping Corporation of India Ltd.
^b (*Défenderesse*)

RÉPERTORIÉ: MARLEX PETROLEUM INC. c. HAR RAI
(LE)

N° du greffe: 18595.

^c 1986: 17, 18 décembre; 1987: 29 janvier.

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

^d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit maritime — Privilèges — Action in rem visant à l'exécution d'un privilège maritime pour fourniture d'approvisionnements nécessaires fondé sur le droit étranger — Propriétaire du navire non responsable in personam de ces approvisionnements — Privilège exécutoire par action in rem au Canada.

^e *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

^f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1984] 2 C.F. 345, 4 D.L.R. (4th) 739, 53 N.R. 1, qui a accueilli l'appel de l'intimée à l'encontre du jugement du juge Mahoney, [1982] 2 C.F. 617, qui avait rejeté une action *in rem*.
^g Pourvoi rejeté.

P. D. Lowry et J. W. Perrett, pour l'appelant.

^h *Duncan W. Shaw, c.r.*, et *R. Glenn Morgan*, pour l'intimée.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR—Nous sommes tous d'accord avec les motifs exprimés par la Cour d'appel fédérale, [1984] 2 C.F. 345, 4 D.L.R. (4th) 739, 53 N.R. 1.

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

^j *Pourvoi rejeté avec dépens.*

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

Solicitors for the appellant: Campney & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Davis & Company, Vancouver.

Procureurs de l'appelant: Campney & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Davis & Company, Vancouver.

Bank of Nova Scotia *Appellant*

v.

Angelica-Whitewear Ltd. and Angelica Corporation *Respondents*INDEXED AS: BANK OF NOVA SCOTIA v.
ANGELICA-WHITWEAR LTD.

File No.: 17632.

1985: March 11; 1987: March 5.

Present: Beetz, Estey, Chouinard*, Le Dain and
La Forest JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Banks and banking operations — Letters of credit — Bank's obligation to pay on presentation of draft — Fraud exception — Scope and availability of exception — Proof of the fraud required to relieve a bank of its obligation — Whether fraud sufficiently established to require the bank to refuse payment.

Banks and banking operations — Letters of credit — Bank's obligation to pay on presentation of draft — Rule of documentary compliance — Discrepancies on the face of documents accompanying the draft — Whether draft improperly paid by the bank.

At the request of the predecessor of the respondent Angelica-Whitewear Ltd. ("Whitewear"), the appellant opened an irrevocable letter of credit in favour of a foreign supplier, Protective Clothing Co. ("Protective"), to cover the full invoice cost of men's industrial uniforms sold by Protective to Whitewear C.I.F. Montreal. The documents to accompany a draft under the letter of credit included an inspection certificate signed by one of the partners of Protective. The letter of credit was a negotiation credit that included an undertaking to honour drafts presented with conforming documents by a negotiating bank. The agreement between the appellant and Whitewear respecting the letter of credit incorporated the *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (1962 Revision).

Whitewear took issue with the payment of two drafts which were presented for payment under the letter of credit by the negotiating bank, Shanghai Commercial Bank Ltd. ("Shanghai Commercial"), Protective's bank

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Banque de Nouvelle-Écosse *Appelante*

c.

Angelica-Whitewear Ltd. et Angelica Corporation *Intimées*RÉPERTORIÉ: BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE c.
ANGELICA-WHITWEAR LTD.

N° du greffe: 17632.

1985: 11 mars; 1987: 5 mars.

Présents: Les juges Beetz, Estey, Chouinard*, Le Dain
et La Forest.

c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Banques et opérations bancaires — Lettres de crédit — Obligation de la banque de payer sur présentation d'une traite — Exception de fraude — Portée de l'exception et possibilité de l'invoquer — Preuve de la fraude requise pour dégager une banque de son obligation — La fraude a-t-elle été suffisamment établie pour obliger la banque à refuser le paiement?

Banques et opérations bancaires — Lettres de crédit — Obligation de la banque de payer sur présentation d'une traite — Règle de la conformité des documents — Différences apparentes dans les documents accompagnant la traite — La traite a-t-elle été irrégulièrement payée par la banque?

À la demande du prédécesseur de l'intimée Angelica-Whitewear Ltd. («Whitewear»), l'appelante a délivré une lettre de crédit irrévocable en faveur d'un fournisseur étranger, Protective Clothing Co. («Protective»), pour couvrir le montant total de la facture d'uniformes industriels pour hommes vendus par Protective à Whitewear C.A.F. Montréal. Les documents devant accompagner une traite aux termes de la lettre de crédit comprenaient un certificat d'inspection signé par l'un des associés de Protective. La lettre de crédit était un crédit de négociation qui comprenait l'engagement d'honorer les traites présentées accompagnées des documents conformes par une banque négociante. L'entente entre l'appelante et Whitewear sur la lettre de crédit y incorporait les *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (révision 1962).

Whitewear a contesté le paiement de deux traites qui ont été présentées pour paiement en vertu de la lettre de crédit par la banque négociante, Shanghai Commercial Bank Ltd. («Shanghai Commercial»), la banque de Pro-

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

in Hong Kong. The first draft for Protective invoice SS/3 was paid by the appellant on July 26, 1974 and charged to Whitewear's account. On August 2, 1974, upon receipt of the documents that had been tendered with the draft, Whitewear informed the appellant that the signature on the inspection certificate accompanying the draft had been forged. A few days later, Whitewear drew the appellant's attention to certain "discrepancies" on the face of the documents accompanying the second draft for Protective invoice 0014, which had been negotiated by Shanghai Commercial on July 30. The discrepancies, which, according to Whitewear, constituted documentary non-compliance with the terms and conditions of the letter of credit requiring the appellant to refuse payment of the draft for invoice 0014, were the following: (a) the inspection certificate referred to a letter of credit of Shanghai Commercial instead of the appellant's letter of credit; (b) the quantity of merchandise shown in the inspection certificate (1149-11/12 dozen) did not correspond to the quantity shown in invoice 0014 (1144-11/12 dozen); and (c) the bills of lading accompanying the draft for invoice 0014 called for freight prepaid delivery to Vancouver, whereas the letter of credit stipulated that shipment was to be C.I.F. Montreal. Whitewear also alleged that the appellant was informed before payment of the second draft that the prices in invoice 0014 had been fraudulently inflated. Despite being called on by Whitewear to refuse payment of the draft for invoice 0014, the appellant, after repeated demands for payment from Shanghai Commercial, paid the draft on October 30, 1974 and debited Whitewear's account.

In October 1975, the appellant instituted an action against both respondents (Angelica Corporation had guaranteed Whitewear's liabilities to the appellant) for the balance owing on a promissory note representing Whitewear's outstanding indebtedness to the appellant. In defence, Whitewear contended that the drafts had been improperly paid by the appellant and made a cross-demand in damages. The damages consisted of the amount of the first draft and the amount by which the prices in invoice 0014 were allegedly inflated. The Superior Court maintained appellant's action and dismissed Whitewear's cross-demand. Respondents then only appealed the portion of the judgment in respect of the alleged inflated price in invoice 0014. The Court of Appeal allowed the appeal. The Court upheld respondents' contention based on fraud, but did not deal with the contention based on documentary non-compliance with the terms and conditions of the letter of credit.

protective à Hong Kong. La première traite pour la facture SS/3 de Protective a été payée par l'appelante le 26 juillet 1974 qui en a débité le compte de Whitewear. Le 2 août 1974, sur réception des documents qui avaient été présentés avec la traite, Whitewear a avisé l'appelante que la signature sur le certificat d'inspection accompagnant la facture avait été contrefaite. Quelques jours plus tard, Whitewear a attiré l'attention de l'appelante sur certaines «différences» apparentes dans les documents accompagnant la seconde traite relative à la facture 0014 de Protective qui avait été négociée par Shanghai Commercial le 30 juillet. Les différences qui, selon Whitewear, constituaient une non-conformité des documents avec les conditions de la lettre de crédit obligeant l'appelante à refuser d'honorer la traite relative à la facture 0014, étaient les suivantes: a) le certificat d'inspection mentionne une lettre de crédit de Shanghai Commercial au lieu de la lettre de crédit de l'appelante; b) la quantité de marchandise indiquée dans le certificat d'inspection (1149-11/12 douzaines) ne correspond pas à la quantité indiquée sur la facture 0014 (1144-11/12 douzaines) et c) les connaissements accompagnant la traite relative à la facture 0014 indiquent port payé à Vancouver, alors que la lettre de crédit précise que l'expédition doit être C.A.F. Montréal. Whitewear soutient également que l'appelante a été informée avant le paiement de la seconde traite que les prix inscrits sur la facture 0014 avaient été frauduleusement gonflés. Malgré l'avertissement de Whitewear de ne pas honorer la traite relative à la facture 0014, l'appelante, après des demandes répétées de Shanghai Commercial l'a payée le 30 octobre 1974 et a débité le compte de Whitewear.

En octobre 1975, l'appelante a intenté une action contre les deux intimées (Angelica Corporation avait garanti les dettes de Whitewear envers l'appelante) en vue de recouvrer le solde dû sur un billet à ordre représentant le solde dû par Whitewear à l'appelante. En défense, Whitewear a prétendu que les traites avaient été irrégulièrement payées par l'appelante et elle a présenté une demande reconventionnelle en dommages-intérêts. Les dommages étaient formés du montant de la première traite et du montant dont les prix indiqués sur la facture 0014 auraient été gonflés. La Cour supérieure a maintenu l'action de l'appelante et rejeté la demande reconventionnelle de Whitewear. Les intimées en ont alors seulement appelé de la partie du jugement relative aux prix prétendument gonflés de la facture 0014. La Cour d'appel a maintenu l'appel. Elle a accueilli l'argument des intimées fondé sur la fraude, mais n'a pas traité de l'argument fondé sur la non-conformité des documents avec les conditions de la lettre de crédit.

Held: The appeal should be dismissed.

An issuing bank is obliged to honour a draft under a documentary letter of credit when it is accompanied by documents which appear on their face to be regular and in accordance with the terms and conditions of the credit. This obligation is independent of the performance of the underlying contract for which the credit was issued. The issuing bank agrees to pay upon presentation of documents, not goods. There is an exception to this rule: a bank should not pay where a fraud by the beneficiary of the credit has been sufficiently brought to its knowledge before payment of the draft or demonstrated to a court called on by the customer of the bank to issue an interlocutory injunction to restrain the bank from honouring the draft.

(1) *The Fraud Exception*

The fraud exception to the autonomy of documentary letters of credit should not be confined to cases of fraud in the tendered documents but should include fraud in the underlying transaction of such a character as to make the demand for payment under the credit a fraudulent one. The exception, however, should be limited to fraud by the beneficiary of a credit and should not extend to fraud by a third party of which the beneficiary is innocent. It should also not be opposable to the holder in due course of a draft on a letter of credit. Finally, a strong *prima facie* case of fraud would be a sufficient test on an application for an interlocutory injunction to restrain payment under a letter of credit on the ground of fraud by the beneficiary of the credit. But where, in a case like this one, no such application was made and the issuing bank has had to exercise its own judgment as to whether or not to honour a draft, it must be shown, to demonstrate that a draft was improperly paid by the issuing bank after notice of alleged fraud by the beneficiary, that the fraud was sufficiently established to the knowledge of the issuing bank before payment of the draft as to make the fraud clear or obvious to the bank.

In the present case, the respondents' contention based on the fraud exception to the autonomy of a documentary credit must fail. The evidence did not support a finding that the alleged fraud with respect to the prices in invoice 0014 was sufficiently established to the knowledge of the appellant before payment of the draft. The evidence adduced referred mainly to the discrepancies appearing on the face of the documents tendered with

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Une banque émettrice est tenue d'honorer une traite tirée sur une lettre de crédit documentaire lorsqu'elle est accompagnée de documents qui présentent l'apparence de régularité et de conformité avec les conditions du crédit. Cette obligation est indépendante de l'exécution du contrat sous-jacent à l'égard duquel le crédit a été accordé. La banque émettrice accepte de payer sur présentation des documents et non des marchandises. Il y a une exception à cette règle: une banque ne devrait pas payer quand un acte de fraude de la part du bénéficiaire du crédit a été porté suffisamment à sa connaissance avant le paiement de la traite ou démontré devant un tribunal auquel le client de la banque a demandé de délivrer une injonction interlocutoire pour empêcher la banque d'honorer la traite.

(1) *L'exception de fraude*

L'exception de fraude opposable à l'autonomie des lettres de crédit documentaires ne doit pas être restreinte aux cas de fraude dans les documents présentés mais doit comprendre la fraude dans les opérations sous-jacentes de nature à rendre frauduleuse la demande de paiement en vertu d'un crédit. L'exception doit toutefois être limitée à la fraude du bénéficiaire d'un crédit et ne doit pas viser la fraude d'un tiers dont le bénéficiaire est innocent. Elle ne doit également pas être opposable au détenteur régulier d'une traite tirée sur une lettre de crédit. Enfin, une solide preuve *prima facie* de fraude est un critère suffisant dans le cadre d'une demande d'injonction interlocutoire visant à empêcher le paiement aux termes d'une lettre de crédit sur le fondement de la fraude du bénéficiaire du crédit. Mais, lorsque, dans un cas comme celui-ci, aucune demande semblable n'a été faite et que la banque émettrice a dû exercer son propre jugement pour savoir si elle devait honorer une traite, il faut établir, pour démontrer qu'une traite a été irrégulièrement payée par la banque émettrice après avis des actes de fraude allégués de la part du bénéficiaire, que la fraude a été suffisamment établie à la connaissance de la banque émettrice avant le paiement de la traite de manière à rendre la fraude claire ou évidente aux yeux de la banque.

En l'espèce, l'argument des intimées fondé sur l'exception de fraude opposable à l'autonomie d'un crédit documentaire doit échouer. La preuve n'appuie pas la conclusion que la fraude alléguée à l'égard des prix inscrits dans la facture 0014 a été suffisamment établie à la connaissance de l'appelante avant le paiement de la traite. La preuve produite mentionnait principalement les différences apparentes dans les documents présentés

the draft and there was no specific reference to the alleged inflation of price in invoice 0014.

Appellant's knowledge of the fraud with respect to the prices or quality of the goods covered by invoice SS/3, as well as the forgery of the signature on the inspection certificate accompanying that invoice, had no bearing on the question whether it had knowledge of the alleged fraud with respect to invoice 0014. Whitewear had ample opportunity to inform the appellant of the alleged irregularities with respect to invoice 0014 and it took steps to do so. There was therefore no reason for appellant to make any inquiry or to act on any assumptions concerning the shipment covered by invoice 0014 by reason of what it had been informed concerning the prior shipment covered by invoice SS/3. It was entitled to assume that it had been fully informed of all the alleged irregularities with respect to invoice 0014.

(2) *The Rule of Documentary Compliance*

The rule of strict documentary compliance requires not only that the tendered documents appear on their face, upon reasonably careful examination, to conform to the terms and conditions of the letter of credit but that they also appear to be consistent with one another, particularly in the sense that they refer to the same shipment of goods. The rule of strict documentary compliance does not extend to minor variations or discrepancies that are not sufficiently material to justify a refusal of payment.

In the case at bar, the two discrepancies on the face of the inspection certificate were not grounds for concluding that the draft was improperly paid by the appellant. First, there was a sufficient indication on the face of the inspection certificate that it related to the same parcel or shipment of goods as that referred to in invoice 0014. Second, the inconsistency in respect of quantity between the inspection certificate and the invoice was not of sufficient materiality to justify a refusal of payment since the quantity specified in the invoice was the one for which the buyer was being charged.

The appellant, however, was not obliged and was not authorized to accept the documents and pay the draft for invoice 0014 because of the discrepancy with respect to prepaid freight and continuous documentary cover to destination on the face of the bills of lading. This was a documentary non-compliance with the terms and conditions of the letter of credit that required the appellant to refuse acceptance of the documents and payment of the draft at the time they were tendered. The appellant was

avec la traite et ne mentionnait pas précisément l'augmentation alléguée de prix dans la facture 0014.

La connaissance qu'avait l'appelante de la fraude relative aux prix ou à la qualité des marchandises visées par la facture SS/3, de même que de la contrefaçon de la signature sur le certificat d'inspection accompagnant cette facture, n'a aucun effet sur la question de savoir si elle connaissait la fraude alléguée relativement à la facture 0014. Whitewear a eu amplement la possibilité d'informer l'appelante des irrégularités alléguées en ce qui a trait à la facture 0014 et a pris les mesures pour le faire. Il n'y avait donc aucune raison que l'appelante mène une enquête ou agisse en se fondant sur des présomptions concernant l'expédition visée par la facture 0014 en raison des renseignements qu'elle avait obtenus concernant l'expédition antérieure visée par la facture SS/3. Elle était fondée de présumer qu'elle avait été mise au courant de toutes les irrégularités alléguées relativement à la facture 0014.

(2) *La règle de la conformité des documents*

La règle de la stricte conformité des documents exige non seulement que les documents soumis présentent, après un examen suffisamment soigneux, l'apparence de conformité avec les conditions de la lettre de crédit, mais aussi qu'ils concordent en apparence entre eux, particulièrement en ce sens qu'ils doivent se rapporter à la même expédition de marchandises. La règle de la stricte conformité ne s'applique pas aux variations ou aux différences mineures qui ne sont pas suffisamment importantes pour justifier le refus du paiement.

En l'espèce, les deux différences apparentes dans le certificat d'inspection ne constituent pas des motifs pour conclure que la traite n'a pas été régulièrement payée par l'appelante. Premièrement, le certificat d'inspection présentait en apparence une indication suffisante qu'il se rapportait au même colis ou à la même expédition de marchandises que celle visée dans la facture 0014. Deuxièmement, la non-concordance des quantités indiquées dans le certificat d'inspection et dans la facture n'était pas suffisamment importante pour justifier un refus de paiement puisque la quantité précisée dans la facture était celle que l'acheteur devait payer.

Cependant, à cause de la différence à l'égard du paiement du fret et de la couverture documentaire continue jusqu'à destination qui ressort à la lecture des connaissements, l'appelante n'était pas tenue d'accepter les documents et de payer la traite relative à la facture 0014 et n'était pas autorisée à le faire. Il s'agissait d'une non-conformité des documents avec les conditions de la lettre de crédit en vertu de laquelle la banque était tenue de refuser les documents et le paiement de la traite au

not relieved of this obligation by the fact that the goods may have been transported to destination at no additional charge to Whitewear. A documentary non-compliance cannot be cured by the actual performance of the underlying contract.

The fact that Whitewear was not prejudiced by the discrepancy, in the sense that its loss in respect of the goods was not directly attributable to it, is immaterial. It is not necessary for the applicant for a documentary credit to show that he is prejudiced by a particular documentary non-compliance with the terms and conditions of the credit, just as it is not for an issuing bank or the courts to question the necessity or reasonableness of a particular documentary requirement stipulated by the buyer.

The claim of Whitewear is for recovery of part of the amount debited to its account pursuant to the improper payment of the draft for invoice 0014. In the circumstances, it was not precluded from such recovery by its acceptance of the goods under protest and the disposal of them in order to minimize the loss. Nor was it obliged to reimburse the appellant for the payment of the draft by reason of an exemption clause in the agreement respecting the letter of credit.

Cases Cited

Considered: *Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 976; *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1983] 1 A.C. 168; *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.*, 31 N.Y.S.2d 631 (1941); *Guaranty Trust of New York v. Van den Berghs, Ltd.* (1925), 22 Ll. L. Rep. 447; **referred to:** *Intraworld Industries, Inc. v. Girard Trust Bank*, 336 A.2d 316 (1975); *New York Life Insurance Co. v. Hartford National Bank & Trust Co.*, 378 A.2d 562 (1977); *First Arlington National Bank v. Stathis*, 413 N.E.2d 1288 (1980); *Foreign Venture Ltd. Partnership v. Chemical Bank*, 399 N.Y.S.2d 114 (1977); *Dynamics Corp. of America v. Citizens & Southern National Bank*, 356 F. Supp. 991 (1973); *NMC Enterprises, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 14 UCC Rep. 1427 (1974); *United Bank Ltd. v. Cambridge Sporting Goods Corp.*, 360 N.E.2d 943 (1976); *Itek Corp. v. First National Bank of Boston*, 511 F. Supp. 1341 (1981); *Rockwell International Systems, Inc. v. Citibank, N.A.*, 719 F.2d 583 (1983); *Malas v. British Imex Industries, Ltd.*, [1958] 1 All E.R. 262; *Discount Records Ltd. v. Barclays Bank Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 1071; *R. D. Harbottle (Mercantile) Ltd. v. National Westminster Bank Ltd.*, [1977] 2 All E.R. 862; *European Asian Bank A.G.*

moment où ils ont été présentés. L'appelante n'a pas été déchargée de cette obligation du fait que les marchandises ont pu être transportées à destination sans frais additionnels pour Whitewear. L'exécution du contrat sous-jacent ne peut pas remédier à une non-conformité des documents.

Il importe peu que Whitewear n'ait pas été lésée par la différence en ce sens que sa perte à l'égard des marchandises ne lui est pas directement attribuable. Il n'est pas nécessaire que celui qui demande un crédit documentaire démontre qu'une non-conformité précise des documents avec les conditions du crédit lui a causé un préjudice, tout comme il n'appartient pas à une banque émettrice ou aux tribunaux de mettre en doute la nécessité ou le caractère raisonnable d'une exigence documentaire particulière formulée par l'acquéreur.

La réclamation de Whitewear vise le remboursement d'une partie du montant débité à son compte suite au paiement irrégulier de la traite relative à la facture 0014. Dans les circonstances, son acceptation des marchandises sous protêt et leur vente pour minimiser la perte ne l'empêchaient pas de réclamer ce remboursement. Elle n'était pas non plus obligée de rembourser l'appelante pour le paiement de la traite en raison d'une clause d'exemption dans l'entente relative à la lettre de crédit.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 976; *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1983] 1 A.C. 168; *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.*, 31 N.Y.S.2d 631 (1941); *Guaranty Trust of New York v. Van den Berghs, Ltd.* (1925), 22 Ll. L. Rep. 447; **arrêts mentionnés:** *Intraworld Industries, Inc. v. Girard Trust Bank*, 336 A.2d 316 (1975); *New York Life Insurance Co. v. Hartford National Bank & Trust Co.*, 378 A.2d 562 (1977); *First Arlington National Bank v. Stathis*, 413 N.E.2d 1288 (1980); *Foreign Venture Ltd. Partnership v. Chemical Bank*, 399 N.Y.S.2d 114 (1977); *Dynamics Corp. of America v. Citizens & Southern National Bank*, 356 F. Supp. 991 (1973); *NMC Enterprises, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 14 UCC Rep. 1427 (1974); *United Bank Ltd. v. Cambridge Sporting Goods Corp.*, 360 N.E.2d 943 (1976); *Itek Corp. v. First National Bank of Boston*, 511 F. Supp. 1341 (1981); *Rockwell International Systems, Inc. v. Citibank, N.A.*, 719 F.2d 583 (1983); *Malas v. British Imex Industries, Ltd.*, [1958] 1 All E.R. 262; *Discount Records Ltd. v. Barclays Bank Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 1071; *R. D. Harbottle (Mercantile) Ltd. v. National Westminster Bank Ltd.*, [1977] 2 All E.R. 862; *European Asian Bank A.G.*

- v. *Punjab and Sind Bank*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 611; *Lumcorp Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1977] C.S. 993; *Aspen Planners Ltd. v. Commerce Masonry & Forming Ltd.* (1979), 100 D.L.R. (3d) 546; *C.D.N. Research & Developments Ltd. v. Bank of Nova Scotia* (1980), 18 C.P.C. 62; *Henderson v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1982), 40 B.C.L.R. 318; *Rosen v. Pullen* (1981), 126 D.L.R. (3d) 62; *Canadian Pioneer Petroleum Inc. v. Federal Deposit Insurance Corp.* (1984), 30 Sask. R. 315; *Phoenix Conveyer and Belting Systems Inc. v. Speed King Manufacturing Co.* (1985), 37 Man. R. (2d) 84; *Etablissement Esefka International Anstalt v. Central Bank of Nigeria*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 445; *Urquhart Lindsay & Co. v. Eastern Bank, Ltd.*, [1922] 1 K.B. 318; *English, Scottish and Australian Bank Ltd. v. Bank of South Africa* (1922), 13 Ll. L. Rep. 21; *Equitable Trust Co. of New York v. Dawson Partners, Ltd.* (1926), 27 Ll. L. Rep. 49; *Gian Singh & Co. v. Banque de l'Indochine*, [1974] 2 All E.R. 754; *J. H. Rayner & Co. v. Hambro's Bank, Ltd.*, [1943] K.B. 37; *Davis O'Brien Lumber Co. v. Bank of Montreal*, [1951] 3 D.L.R. 536; *Bank of America Nat. Trust & Savings Ass'n v. Liberty Nat. Bank & Trust Co. of Oklahoma City*, 116 F. Supp. 233 (1953); *Moralice (London), Ltd. v. E. D. & F. Man.*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 526; *Soproma S.p.A. v. Marine & Animal By-Products Corp.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 367; *Margaronis Navigation Agency Ltd. v. Henry W. Peabody & Co. of London Ltd.*, [1965] 2 Q.B. 430; *Midland Bank, Ltd. v. Seymour*, [1955] 2 Lloyd's Rep. 147; *Banque de l'Indochine et de Suez S.A. v. J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd.*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 476, aff'd [1983] 2 Lloyd's Rep. 228; *Bank of Montreal v. Recknagel*, 109 N.Y. 482 (1888); *Camp v. Corn Exchange Nat. Bank*, 132 A. 189 (1926); *Orient Co. v. Brekke & Howlid*, [1913] 1 K.B. 531; *Michael Doyle & Associates Ltd. v. Bank of Montreal* (1982), 140 D.L.R. (3d) 596; *Hansson v. Hamel & Horley, Ltd.*, [1922] 2 A.C. 36; *Holland Colombo Trading Society, Ltd. v. Segu Mohamed Khaja Alawdeen*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 45.
- v. *Punjab and Sind Bank*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 611; *Lumcorp Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1977] C.S. 993; *Aspen Planners Ltd. v. Commerce Masonry & Forming Ltd.* (1979), 100 D.L.R. (3d) 546; *C.D.N. Research & Developments Ltd. v. Bank of Nova Scotia* (1980), 18 C.P.C. 62; *Henderson v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1982), 40 B.C.L.R. 318; *Rosen v. Pullen* (1981), 126 D.L.R. (3d) 62; *Canadian Pioneer Petroleum Inc. v. Federal Deposit Insurance Corp.* (1984), 30 Sask. R. 315; *Phoenix Conveyer and Belting Systems Inc. v. Speed King Manufacturing Co.* (1985), 37 Man. R. (2d) 84; *Etablissement Esefka International Anstalt v. Central Bank of Nigeria*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 445; *Urquhart Lindsay & Co. v. Eastern Bank, Ltd.*, [1922] 1 K.B. 318; *English, Scottish and Australian Bank Ltd. v. Bank of South Africa* (1922), 13 Ll. L. Rep. 21; *Equitable Trust Co. of New York v. Dawson Partners, Ltd.* (1926), 27 Ll. L. Rep. 49; *Gian Singh & Co. v. Banque de l'Indochine*, [1974] 2 All E.R. 754; *J. H. Rayner & Co. v. Hambro's Bank, Ltd.*, [1943] K.B. 37; *Davis O'Brien Lumber Co. v. Bank of Montreal*, [1951] 3 D.L.R. 536; *Bank of America Nat. Trust & Savings Ass'n v. Liberty Nat. Bank & Trust Co. of Oklahoma City*, 116 F. Supp. 233 (1953); *Moralice (London), Ltd. v. E. D. & F. Man.*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 526; *Soproma S.p.A. v. Marine & Animal By-Products Corp.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 367; *Margaronis Navigation Agency Ltd. v. Henry W. Peabody & Co. of London Ltd.*, [1965] 2 Q.B. 430; *Midland Bank, Ltd. v. Seymour*, [1955] 2 Lloyd's Rep. 147; *Banque de l'Indochine et de Suez S.A. v. J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd.*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 476, conf. [1983] 2 Lloyd's Rep. 228; *Bank of Montreal v. Recknagel*, 109 N.Y. 482 (1888); *Camp v. Corn Exchange Nat. Bank*, 132 A. 189 (1926); *Orient Co. v. Brekke & Howlid*, [1913] 1 K.B. 531; *Michael Doyle & Associates Ltd. v. Bank of Montreal* (1982), 140 D.L.R. (3d) 596; *Hansson v. Hamel & Horley, Ltd.*, [1922] 2 A.C. 36; *Holland Colombo Trading Society, Ltd. v. Segu Mohamed Khaja Alawdeen*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 45.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code, art. 1073, 1074, 1075, 1140.
Uniform Commercial Code, s. 5-114(2).

Authors Cited

Chitty on Contracts, vol. II, 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.
 Davis, Arthur Geoffrey. *The Law Relating to Commercial Letters of Credit*, 2nd ed. London: Isaac Pitman & Sons, Ltd., 1954.
 Ellinger, E. P. *Documentary Letters of Credit*. Singapore: University of Singapore Press, 1970.
 Ellinger, E. P. "Fraud in Documentary Credit Transac-

Lois et règlements cités

Code civil, art. 1073, 1074, 1075, 1140.
Uniform Commercial Code, art. 5-114(2).

Doctrine citée

Chitty on Contracts, vol. II, 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.
 Davis, Arthur Geoffrey. *The Law Relating to Commercial Letters of Credit*, 2nd ed. London: Isaac Pitman & Sons, Ltd., 1954.
 Ellinger, E. P. *Documentary Letters of Credit*. Singapore: University of Singapore Press, 1970.
 Ellinger, E. P. «Fraud in Documentary Credit Transac-

- tions," [1981] *J.B.L.* 258.
- Ellinger, E. P. "The Tender of Fraudulent Documents Under Documentary Letters of Credit" (1965), 7 *Malaya L. Rev.* 24.
- Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit commercial*, t. II, 2^e éd. Rubrique "Crédit documentaire". Paris: Dalloz, 1972.
- Gutteridge, Harold Cooke and Maurice Megrah. *The Law of Bankers' Commercial Credits*, 7th ed. London: Europa Publications Ltd., 1984.
- Harfield, Henry. *Bank Credits and Acceptances*, 5th ed. New York: Ronald Press Co., 1974.
- Harfield, Henry. *Letters of Credit*. Philadelphia: American Law Institute—American Bar Association, Committee on Continuing Professional Education, 1979.
- Kozolchyk, Boris. *Commercial Letters of Credit in the Americas*. New York: Matthew Bender & Co., 1966.
- Note. "Fraud in the Transaction": Enjoining Letters of Credit During the Iranian Revolution" (1980), 93 *Harv. L. Rev.* 992.
- Pomerleau, Manon. "La fraude du bénéficiaire du crédit documentaire irrévocable—Étude comparative en droit commercial international" (1984), 44 *R. du B.* 113.
- Sarna, Lazar. *Letters of Credit: The Law and Current Practice*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1986.
- Stoufflet, Jean. *Le crédit documentaire*. Paris: Librairies Techniques, 1957.
- Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (1962 Revision), art. 3, 7, 8, 9.
- Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (1974 Revision), art. 7.
- Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (1983 Revision), art. 15.
- Van Houten, Stephen H. "Letters of Credit and Fraud: A Revisionist View" (1984), 62 *Can. Bar Rev.* 371.
- APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1985] C.A. 718, 31 B.L.R. 155, allowing respondents' appeal from a judgment of Nolan J., allowing appellant's action and dismissing Angelica-Whitewear Ltd.'s cross-demand. Appeal dismissed.
- Allan R. Hilton*, for the appellant.
- Mitchell Klein* and *Josée Gravel*, for the respondents.
- The judgment of the Court was delivered by
- LE DAIN J.—This appeal involves a claim by a customer against a bank to recover an amount debited to the customer's account for the payment
- tions," [1981] *J.B.L.* 258.
- Ellinger, E. P. «The Tender of Fraudulent Documents Under Documentary Letters of Credit» (1965), 7 *Malaya L. Rev.* 24.
- Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit commercial*, t. II, 2^e éd. Rubrique «Crédit documentaire». Paris: Dalloz, 1972.
- Gutteridge, Harold Cooke and Maurice Megrah. *The Law of Bankers' Commercial Credits*, 7th ed. London: Europa Publications Ltd., 1984.
- Harfield, Henry. *Bank Credits and Acceptances*, 5th ed. New York: Ronald Press Co., 1974.
- Harfield, Henry. *Letters of Credit*. Philadelphia: American Law Institute—American Bar Association, Committee on Continuing Professional Education, 1979.
- Kozolchyk, Boris. *Commercial Letters of Credit in the Americas*. New York: Matthew Bender & Co., 1966.
- Note. «Fraud in the Transaction»: Enjoining Letters of Credit During the Iranian Revolution» (1980), 93 *Harv. L. Rev.* 992.
- Pomerleau, Manon. «La fraude du bénéficiaire du crédit documentaire irrévocable—Étude comparative en droit commercial international» (1984), 44 *R. du B.* 113.
- Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (révision 1962), art. 3, 7, 8, 9.
- Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (révision 1974), art. 7.
- Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (révision 1983), art. 15.
- Sarna, Lazar. *Letters of Credit: The Law and Current Practice*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1986.
- Stoufflet, Jean. *Le crédit documentaire*. Paris: Librairies Techniques, 1957.
- Van Houten, Stephen H. «Letters of Credit and Fraud: A Revisionist View» (1984), 62 *R. du B. can.* 371.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 718, 31 B.L.R. 155, qui a accueilli l'appel des intimées contre un jugement du juge Nolan, qui accueillait l'action de l'appelante et rejetait la demande reconventionnelle de l'intimée Angelica-Whitewear Ltd. Pourvoi rejeté.
- Allan R. Hilton*, pour l'appelante.
- Mitchell Klein* et *Josée Gravel*, pour les intimées.
- Version française du jugement de la Cour rendu par
- LE JUGE LE DAIN—Le présent pourvoi porte sur la réclamation d'une cliente contre une banque en vue de recouvrer un montant débité à son

of a draft under a documentary letter of credit. The customer contends that the bank was not entitled to debit its account because the bank was not obliged to pay the draft, and should not have paid it, for two reasons: (a) the bank had notice prior to payment of the draft that the beneficiary of the credit had fraudulently inflated the prices in the invoice accompanying the draft; and (b) the documents tendered with the draft were not on their face in accordance with the terms and conditions of the credit. The issues raised by the appeal thus involve consideration of the fraud exception to the autonomy of documentary credits and the requirement of strict documentary compliance with the terms and conditions of a credit.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Quebec Court of Appeal on March 3, 1983, [1985] C.A. 718, 31 B.L.R. 155, allowing an appeal from the judgment of the Superior Court for the District of Montreal on February 28, 1978 and maintaining, in an action on a promissory note by the appellant bank against the respondents, the cross-demand of the respondent Angelica-Whitewear Ltd. for damages in the amount of \$19,045.57.

I

At the request of Whitewear Manufacturing Co. Ltd., the predecessor of the respondent Angelica-Whitewear Ltd. (both of which will hereinafter be referred to as "Whitewear"), the branch of the appellant Bank of Nova Scotia ("the Bank") at St. Catherine and Peel Streets, Montreal, opened an irrevocable letter of credit No. 1/50021 dated November 13, 1973 in favour of Protective Clothing Company ("Protective"), a Hong Kong company owned in equal partnership by a Mr. Jack Davis and a Mr. Elmer Wong. The letter of credit was for a total amount of US \$350,000 to cover the full invoice cost of men's industrial uniforms sold by Protective to Whitewear C.I.F. Montreal. Shipment was to be from Taiwan to Montreal. Third party shipment, partial shipments and transshipment were to be permitted. Drafts under the letter of credit were to be accompanied by the following documents:

compte pour payer une traite tirée en vertu d'une lettre de crédit documentaire. La cliente soutient que la banque n'avait pas le droit de débiter son compte parce qu'elle n'était pas obligée de payer la traite et n'aurait pas dû la payer pour deux motifs: a) la banque avait été avisée avant le paiement de la traite que le bénéficiaire du crédit avait frauduleusement gonflé les prix de la facture qui accompagnait la traite et b) les documents présentés avec la traite ne présentaient pas d'apparence de conformité avec les conditions du crédit. Les questions que soulève le présent pourvoi comportent donc l'examen de l'exception de fraude opposable à l'autonomie des crédits documentaires et de l'exigence de stricte conformité documentaire avec les modalités d'un crédit.

L'autorisation de pourvoi à cette Cour a été accordée contre l'arrêt de la Cour d'appel du Québec du 3 mars 1983, [1985] C.A. 718, 31 B.L.R. 155, qui a accueilli l'appel du jugement rendu le 28 février 1978 par la Cour supérieure du district de Montréal, et qui a maintenu, dans une action portant sur un billet à ordre intentée par la banque appelante contre les intimées, la demande reconventionnelle de l'intimée Angelica-Whitewear Ltd. visant à obtenir des dommages-intérêts de 19 045,57 \$.

I

À la demande de Whitewear Manufacturing Co. Ltd., société remplacée par l'intimée Angelica-Whitewear Ltd. (toutes deux ci-après appelées «Whitewear»), la succursale de la Banque de Nouvelle-Écosse («la Banque») à l'angle des rues Ste-Catherine et Peel à Montréal a délivré la lettre de crédit irrévocable n° 1/50021 datée du 13 novembre 1973 en faveur de Protective Clothing Company («Protective») une société de Hong Kong dont les propriétaires M. Jack Davis et M. Elmer Wong sont associés à parts égales. La lettre de crédit était d'un montant de 350 000 \$ US et visait le montant total de la facture d'uniformes industriels pour hommes vendus par Protective à Whitewear C.A.F. Montréal. L'envoi devait être fait de Taiwan à Montréal. Les envois par des tiers, les envois partiels et les transbordements devaient être autorisés. Les traites tirées en vertu de la lettre de crédit devaient être accompagnées des documents suivants:

1. Full set clean on board Ocean Bills of Lading to order of The Bank of Nova Scotia marked notify Whitewear Mfg. Co. Ltd., 1421 Montcalm St., Montreal 132, Quebec.
2. Commercial Invoice in three copies.
3. Canadian Customs Invoice in six copies, showing fair market value at the time and place of shipment in the currency of the country of export.
4. Insurance Policy or certificate in negotiable form in duplicate.
5. Inspection Certificate in triplicate signed by Jack Davis, B31 form with every shipment in excess of \$10,000.

The letter of credit was a negotiation credit that included an undertaking to honour drafts presented with conforming documents by a negotiating bank. The agreement between Whitewear and the Bank respecting the letter of credit provided that the *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (1962 Revision) (hereinafter referred to as the "Uniform Customs (1962)") were to be incorporated as part of the agreement and to apply to the credit.

Whitewear's claim arose out of the payment of two drafts which were presented for payment under the letter of credit by the negotiating bank, Shanghai Commercial Bank Ltd. ("Shanghai Commercial"), Protective's bank in Hong Kong: a draft in the amount of US \$107,061.60 for Protective invoice SS/3 dated July 17, 1974 and a draft in the amount of US \$67,480.85 for Protective invoice 0014 dated July 27, 1974. Shanghai Commercial had financed the purchase by Protective from its Taiwan supplier of the goods for sale to Whitewear, taking the Bank's letter of credit as security. In the case of the goods covered by invoice 0014 Shanghai Commercial had opened a back-to-back letter of credit D-72519 in favour of the supplier. Upon receipt of the documents required by the Bank's letter of credit Shanghai Commercial credited Protective with the amount of its invoice to Whitewear and presented the draft for that amount, with the accompanying documents, to the New York agency of the Bank for payment.

[TRADUCTION]

1. Une série complète de connaissements nets à l'ordre de la Banque de Nouvelle-Écosse indiquant qu'il faut avertir Whitewear Mfg. Co. Ltd., 1421, rue Montcalm, Montréal 132, Québec.
2. Une facture commerciale en trois exemplaires.
3. Une facture des douanes canadiennes en six exemplaires, indiquant la juste valeur marchande au moment et au lieu de l'expédition en devises du pays exportateur.
4. Un certificat ou une police d'assurance négociable en deux exemplaires.
5. Un certificat d'inspection en trois exemplaires signé par Jack Davis, formule B31 avec tous les envois de plus de 10 000 \$.

La lettre de crédit était un crédit de négociation qui comprenait l'engagement d'honorer les traites présentées avec des documents conformes par une banque négociante. L'entente entre Whitewear et la Banque concernant la lettre de crédit prévoyait que les *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (révision 1962) (ci-après appelées «Règles uniformes de 1962») devaient être incorporées à l'entente et s'appliquer au crédit.

La réclamation de Whitewear découle du paiement de deux traites qui ont été présentées pour paiement en vertu de la lettre de crédit par la banque négociante, Shanghai Commercial Bank Ltd. («Shanghai Commercial»), la banque de Protective à Hong Kong: une traite de 107 061,60 \$ US pour la facture SS/3 de Protective datée du 17 juillet 1974 et une traite de 67 480,85 \$ US pour la facture 0014 de Protective datée du 27 juillet 1974. Shanghai Commercial avait financé l'achat par Protective à son fournisseur taiwanais des marchandises destinées à être vendues à Whitewear, acceptant la lettre de crédit de la Banque à titre de garantie. Dans le cas des marchandises visées par la facture 0014, Shanghai Commercial a ouvert une lettre de crédit adossée D-72519 en faveur du fournisseur. À la réception des documents exigés par la lettre de crédit de la Banque, Shanghai Commercial a porté au crédit de Protective le montant de sa facture adressée à Whitewear et a présenté pour paiement la traite de ce montant, avec les documents d'accompagnement, à la succursale de la Banque à New York.

Shanghai Commercial paid Protective the amount of US \$107,061.60 for invoice SS/3 on July 18, 1974. The draft for that amount was paid by the New York agency of the Bank on July 26, and Whitewear's account was debited for that amount on July 29. Whitewear received the debit memo with the documents that had been tendered with the draft on August 2. On that day Mrs. Marion Stern, an officer of Whitewear, learned from Mr. Jack Davis of Protective that his signature on the inspection certificate accompanying invoice SS/3 had been forged, and she immediately informed Mrs. Carol Pichette, the assistant accountant at the St. Catherine and Peel Streets branch of the Bank. By cable the same day the Bank advised Shanghai Commercial with reference to the draft for US \$107,061.60 as follows: "SHIPMENT FRAUDULENT SIGNATURE FORGED ON CERTIFICATE OF INSPECTION PLEASE WITHHOLD FURTHER PAYMENTS . . ." By telex on August 8, 1974 Shanghai Commercial advised the Bank that the draft for US \$67,480.85 in respect of invoice 0014 had been negotiated on July 30. Shanghai Commercial further advised that it had been unable to contact Mr. Elmer Wong, the other partner of Protective.

In telephone conversations in early August with Mrs. Pichette and Mr. Fernand Montpellier, the manager of the St. Catherine and Peel Streets branch of the Bank, and in a meeting with the Bank's solicitor, Mrs. Stern drew the Bank's attention to certain "discrepancies" on the face of the documents accompanying the draft for US \$67,480.85. Whitewear also alleges that the Bank was informed before payment of the draft that the prices in invoice 0014 had been fraudulently inflated by the amount of \$19,045.57, but this allegation is denied by the Bank. The discrepancies on the face of the documents tendered with the draft for invoice 0014 which are said to be in breach of the requirement of documentary compliance with the terms and conditions of the letter of credit are the following: (a) the inspection certificate refers to the letter of credit D-72519 of Shanghai Commercial instead of the Bank's letter of credit; (b) the quantity of merchandise shown in the inspec-

Le 18 juillet 1974, Shanghai Commercial a payé à Protective le montant de la facture SS/3, soit 107 061,60 \$ US. La traite de ce montant a été payée par la succursale de la Banque à New York le 26 juillet et le compte de Whitewear a été débité de ce montant le 29 juillet. Le 2 août, Whitewear a reçu la note de débit accompagnée des documents qui avaient été présentés avec la traite. Ce jour-là, M^{me} Marion Stern, une dirigeante de Whitewear, a appris de M. Jack Davis de Protective que la signature de ce dernier sur le certificat d'inspection accompagnant la facture SS/3 avait été contrefaite et elle a immédiatement informé M^{me} Carol Pichette, la comptable adjointe de la succursale de la Banque, rues Ste-Catherine et Peel. La Banque a avisé Shanghai Commercial par télégramme le même jour relativement à la traite de 107 061,60 \$ US de la manière suivante: [TRA-
DUCTION] «ENVOI FRAUDULEUX SIGNATURE CONTREFAITE SUR CERTIFICAT D'INSPECTION S.V.P. VEUILLEZ RETENIR AUTRES PAIEMENTS . . .» Le 8 août 1974, Shanghai Commercial a avisé la Banque par télex que la traite de 67 480,85 \$ US applicable à la facture 0014 avait été négociée le 30 juillet. Shanghai Commercial a en outre fait savoir qu'elle n'avait pas été en mesure de communiquer avec M. Elmer Wong, l'autre associé de Protective.

Au début d'août, dans des conversations téléphoniques avec M^{me} Pichette et M. Fernand Montpellier, le directeur de la succursale de la Banque, rues Ste-Catherine et Peel et au cours d'une réunion avec l'avocat de la Banque, M^{me} Stern a attiré l'attention de la Banque sur certaines «différences» qui apparaissaient sur les documents accompagnant la traite de 67 480,85 \$ US. Whitewear soutient également que la Banque a été informée avant le paiement de la traite que les prix inscrits sur la facture 0014 avaient été frauduleusement gonflés de 19 045,57 \$, mais la Banque nie cette allégation. Les différences apparentes dans les documents présentés avec la traite relative à la facture 0014 qu'on dit être contraires à l'exigence de conformité documentaire avec les modalités de la lettre de crédit sont les suivantes: a) le certificat d'inspection mentionne la lettre de crédit D-72519 de Shanghai Commercial au lieu de la lettre de crédit de la Banque; b) la quantité de marchandise

tion certificate (1149-11/12 dozen) does not correspond to the quantity shown in invoice 0014 (1144-11/12 dozen); and (c) the bills of lading accompanying the draft for invoice 0014 call for freight prepaid delivery at Vancouver, whereas the letter of credit stipulates that shipment is to be C.I.F. Montreal.

By letter dated August 8, 1974 the solicitors of Whitewear informed the Bank that Whitewear intended to hold the Bank liable for payment of the draft in the amount of US \$107,061.60 for Protective invoice SS/3 and that it would hold the Bank liable if it honoured the draft in the amount of US \$67,480.85 for invoice 0014. After repeated demands by Shanghai Commercial for payment of the draft for US \$67,480.85, the Bank, acting on the advice of its own solicitors, instructed its New York agency on October 29, 1974 to pay the draft. It was paid on October 30, and Whitewear's account was debited for the amount of the draft on November 6.

On October 2, 1975 the Bank instituted an action against Whitewear and the other respondent, Angelica Corporation (which had guaranteed payment of Whitewear's liabilities to the Bank), for the balance owing on a promissory note representing the outstanding indebtedness of Whitewear to the Bank. In its plea to the action Whitewear contended that it had been improperly charged by the Bank for a total of \$126,106.17 in respect of the drafts for invoices SS/3 and 0014, and it made a cross-demand in damages for this amount. The total of \$126,106.17 was made up of \$107,061.60, the amount of the draft in respect of invoice SS/3, and the amount by which the prices in invoice 0014 were allegedly inflated, shown in the plea as \$19,044.57, but in fact \$19,045.57.

In the Superior Court Nolan J. (as he then was) maintained the Bank's action and dismissed Whitewear's cross-demand with costs. He rejected both the contention based on fraud and the contention based on documentary non-compliance with the terms and conditions of the letter of credit. Whitewear did not appeal from the judgment in respect of the amount of \$107,061.60 for invoice

indiquée sur le certificat d'inspection (1149-11/12 douzaines) ne correspond pas à la quantité indiquée sur la facture 0014 (1144-11/12 douzaines) et c) les connaissements accompagnant la traite relative à la facture 0014 indiquent port payé à Vancouver, alors que la lettre de crédit précise que l'expédition doit être C.A.F. Montréal.

Dans une lettre datée du 8 août 1974, les avocats de Whitewear ont informé la Banque que Whitewear avait l'intention de tenir cette dernière responsable du paiement de la traite de 107 061,60 \$ US relative à la facture SS/3 de Protective et qu'elle la tiendrait responsable si elle honorait la traite de 67 480,85 \$ US relative à la facture 0014. Après des demandes répétées de Shanghai Commercial en vue d'obtenir le paiement de la traite de 67 480,85 \$ US, la Banque, agissant sur les conseils de ses propres avocats, a ordonné le 29 octobre 1974 à sa succursale de New York de payer la traite. Elle a été payée le 30 octobre et le compte de Whitewear a été débité du montant de la traite le 6 novembre.

Le 2 octobre 1975, la Banque a intenté une action contre Whitewear et l'autre intimée, Angelica Corporation (qui avait garanti le paiement des dettes de Whitewear à la Banque), en vue de recouvrer le solde dû sur un billet à ordre correspondant à la somme que Whitewear devait à la Banque. Dans son plaidoyer, Whitewear a soutenu qu'elle avait été incorrectement facturée par la Banque pour un total de 126 106,17 \$ relativement aux traites applicables aux factures SS/3 et 0014 et a présenté une demande reconventionnelle en dommages-intérêts de ce montant. Le total de 126 106,17 \$ est constitué du montant de la traite relative à la facture SS/3 soit 107 061,60 \$ et du montant dont les prix de la facture 0014 auraient été gonflés, soit 19 044,57 \$ dans les plaidoiries, mais en fait 19 045,57 \$.

En Cour supérieure, le juge Nolan (tel était alors son titre) a accueilli l'action de la Banque et a rejeté avec dépens la demande reconventionnelle de Whitewear. Il a rejeté à la fois l'argument fondé sur la fraude et celui fondé sur la non-conformité des documents avec les conditions de la lettre de crédit. Whitewear n'a pas interjeté appel du jugement relativement au montant de

SS/3, but only in respect of the amount of \$19,045.57 for the alleged inflation of price in invoice 0014. The Court of Appeal (Turgeon, Kaufman and Monet J.J.A.) allowed Whitewear's appeal for this amount, or to be exact, for the amount of \$19,045.50. Monet J.A., who delivered the unanimous judgment of the Court of Appeal, upheld Whitewear's contention based on fraud, but did not deal with the contention based on documentary non-compliance with the terms and conditions of the letter of credit.

II

The fundamental principle governing documentary letters of credit and the characteristic which gives them their international commercial utility and efficacy is that the obligation of the issuing bank to honour a draft on a credit when it is accompanied by documents which appear on their face to be in accordance with the terms and conditions of the credit is independent of the performance of the underlying contract for which the credit was issued. Disputes between the parties to the underlying contract concerning its performance cannot as a general rule justify a refusal by an issuing bank to honour a draft which is accompanied by apparently conforming documents. This principle is referred to as the autonomy of documentary credits. It is reflected in general provision c. of the Uniform Customs (1962), which states: "Credits, by their nature, are separate transactions from the sales or other contracts on which they may be based and banks are in no way concerned with or bound by such contracts." It is further reflected in Article 8 of the Uniform Customs (1962), which reads: "In documentary credit operations all parties concerned deal in documents and not in goods." Article 3 of the Uniform Customs (1962) defines the obligation of the issuing bank to the beneficiary of the credit as follows: "An irrevocable credit is a definite undertaking on the part of an issuing bank and constitutes the engagement of that bank to the beneficiary or, as the case may be, to the beneficiary and bona fide holders of drafts drawn and/or documents presented thereunder, that the provisions for payment, acceptance or negotiation contained in the credit will be duly

107 061,60 \$ pour la facture SS/3 mais seulement à l'égard du montant de 19 045,57 \$, dont le montant de la facture 0014 aurait été gonflé. La Cour d'appel (les juges Turgeon, Kaufman et Monet) ont accueilli l'appel de Whitewear pour ce montant ou, pour être exact, pour le montant de 19 045,50 \$. Le juge Monet qui a rendu l'arrêt unanime de la Cour d'appel a accueilli l'argument de Whitewear fondé sur la fraude mais n'a pas traité de l'argument fondé sur la non-conformité des documents avec les conditions de la lettre de crédit.

II

Le principe fondamental régissant les lettres de crédit documentaires et la caractéristique qui leur donne leur utilité et leur efficacité commerciales internationales sont que l'obligation de la banque émettrice d'honorer une traite tirée sur un crédit lorsqu'elle est accompagnée de documents qui présentent l'apparence de conformité avec les conditions du crédit est indépendante de l'exécution du contrat sous-jacent à l'égard duquel le crédit a été accordé. Les différends entre les parties relativement à l'exécution du contrat sous-jacent ne peuvent en règle générale justifier le refus par la banque émettrice d'honorer une traite qui est accompagnée par des documents apparemment conformes. Ce principe, appelé l'autonomie des crédits documentaires, se dégage de la disposition générale c. des Règles uniformes de 1962 qui prévoit: «Les crédits sont, par leur nature, des opérations commerciales distinctes des ventes ou autres contrats qui peuvent en former la base mais qui ne regardent les banques en aucune façon et ne sauraient les engager.» Ce principe ressort en outre de l'Article 8 des Règles uniformes de 1962 qui prévoit: «Dans les opérations de crédits documentaires, toutes les parties intéressées ont à considérer les documents à l'exclusion des marchandises.» L'Article 3 des Règles uniformes de 1962 définit l'obligation de la banque émettrice à l'égard du bénéficiaire du crédit de la manière suivante: «Un crédit irrévocable est un engagement ferme de la banque émettrice et comporte l'obligation de celle-ci vis-à-vis du bénéficiaire ou du porteur de bonne foi de traites émises et/ou de documents présentés, que les clauses de paiement, d'accepta-

fulfilled, provided that all the terms and conditions of the credit are complied with." A bank's duty of verification with respect to documentary compliance is defined by Article 7 of the Uniform Customs (1962) as follows: "Banks must examine all documents with reasonable care to ascertain that they appear on their face to be in accordance with the terms and conditions of the credit." The general rule with respect to fraud is that a bank is not responsible for payment against forged or false documents which appear on their face to be regular, as indicated in Article 9 of the Uniform Customs (1962), which provides in part: "Banks assume no liability or responsibility for the form, sufficiency, accuracy, genuineness, falsification or legal effect of any documents, or for the general and/or particular conditions stipulated in the documents . . ." The same principles are embodied in the 1974 and 1983 revisions of the *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*.

An exception to the general rule that an issuing bank is obliged to honour a draft under a documentary credit when the tendered documents appear on their face to be regular and in conformity with the terms and conditions of the credit has been recognized for the case of fraud by the beneficiary of the credit which has been sufficiently brought to the knowledge of the bank before payment of the draft or demonstrated to a court called on by the customer of the bank to issue an interlocutory injunction to restrain the bank from honouring the draft. The scope and availability in practice of the fraud exception to the autonomy of documentary credits have turned on several questions, of which the most important would appear to be the following: (a) the kinds of fraud that should be recognized as falling within the fraud exception, or more specifically, whether the exception should be confined to cases of forged or false documents or whether it should extend to fraud in the underlying transaction; (b) the related question of the proof or demonstration of fraud that should be required to relieve an issuing bank of its obligation to honour a draft or to warrant the issue of an interlocutory injunction to enjoin it from

tion ou de négociation prévues au crédit, seront dûment exécutées pour autant que toutes les conditions du crédit soient respectées.» L'obligation faite à une banque de vérifier la conformité des documents est définie par l'Article 7 des Règles uniformes de 1962 de la manière suivante: «Les banques doivent examiner tous les documents avec un soin raisonnable pour s'assurer qu'ils présentent l'apparence de conformité avec les conditions du crédit.» La règle générale relative à la fraude porte qu'une banque n'est pas responsable du paiement fait contre présentation de documents contrefaits ou faux qui présentent l'apparence de validité, comme l'indique l'Article 9 des Règles uniformes de 1962 dont voici un extrait: «Les banques n'assument aucune responsabilité quant à la forme, la suffisance, l'exactitude, l'authenticité, la falsification, la portée légale d'aucun document ni quant aux conditions générales et/ou particulières stipulées dans les documents . . .» Les mêmes principes sont inscrits dans les révisions de 1974 et 1983 des *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires*.

Une exception à la règle générale selon laquelle une banque émettrice est tenue d'honorer une traite tirée en vertu d'un crédit documentaire lorsque les documents soumis présentent l'apparence de validité et de conformité avec les conditions du crédit a été reconnue quand une fraude de la part du bénéficiaire du crédit a été portée suffisamment à la connaissance de la banque avant le paiement de la traite ou démontrée devant un tribunal auquel le client de la banque a demandé de délivrer une injonction interlocutoire pour empêcher la banque d'honorer la traite. La portée et la disponibilité en pratique de l'exception de fraude opposable à l'autonomie des crédits documentaires reposent sur plusieurs questions dont les plus importantes paraissent être les suivantes: a) le genre de fraude qui devrait être reconnu comme s'inscrivant dans le cadre de l'exception de fraude, ou plus précisément, la question de savoir si l'exception devrait être restreinte aux cas de documents faux ou contrefaits ou si elle devrait comprendre la fraude dans l'opération sous-jacente; b) la question connexe de la preuve ou de la démonstration de la fraude qui devrait être nécessaire pour libérer la banque émettrice de son obligation

doing so; (c) whether the fraud exception should be opposable to a holder in due course of a draft, that is, one who took the draft for value and without notice of the fraud; and (d) whether the fraud exception should be confined to fraud by the beneficiary of a credit, or whether it should include fraud by a third party which affects the letter of credit transaction but of which the beneficiary of the credit is innocent. Differences of view or emphasis with respect to these issues, particularly the kind of fraud and proof required, reflect the tension between the two principal policy considerations: the importance to international commerce of maintaining the principle of the autonomy of documentary credits and the limited role of an issuing bank in the application of that principle; and the importance of discouraging or suppressing fraud in letter of credit transactions. The potential scope of the fraud exception must not be a means of creating serious uncertainty and lack of confidence in the operation of letter of credit transactions; at the same time the application of the principle of autonomy must not serve to encourage or facilitate fraud in such transactions. The relative emphasis on the one or other of these two considerations tends to explain what have been characterized as the strict and more liberal approaches to the availability of the fraud exception, each of which has had its judicial and academic adherents. For an interesting analysis of the issues, reflecting an apparent change of view over a period of some fifteen years, see E. P. Ellinger, "The Tender of Fraudulent Documents Under Documentary Letters of Credit" (1965), 7 *Malaya L. Rev.* 24, and "Fraud in Documentary Credit Transactions," [1981] *J.B.L.* 258. I propose to make brief reference to American, English and Canadian cases which have considered these issues. Most of the cases have involved an application for a preliminary or interlocutory injunction to restrain an issuing bank from paying under a letter of credit or guarantee. Few, if any, have had to address the precise issue raised by this appeal: what the customer or applicant for the credit must show, where there has not been an application for injunction, to justify a conclusion that an issuing bank was not obliged to pay a draft under a letter of credit because of its prior knowledge of fraud by

d'honorer une traite ou pour justifier la délivrance d'une injonction interlocutoire pour l'empêcher de le faire; c) la question de savoir si l'exception de fraude devrait être opposable au détenteur régulier d'une traite, c'est-à-dire celui qui a accepté la traite contre valeur et sans connaître la fraude et d) la question de savoir si l'exception en matière de fraude devrait être restreinte à la fraude du bénéficiaire d'un crédit ou si elle devrait comprendre la fraude d'un tiers qui a un effet sur l'opération relative à la lettre de crédit, mais dont le bénéficiaire du crédit est innocent. Les différences d'opinion ou l'importance donnée à ces questions, particulièrement le genre de fraude et la preuve nécessaire, font ressortir la tension qui existe entre les deux considérations de principe majeures: l'importance pour le commerce international de conserver le principe de l'autonomie des crédits documentaires et le rôle limité de la banque émettrice dans l'application de ce principe et l'importance de décourager ou de supprimer la fraude dans les opérations en matière de lettre de crédit. La portée potentielle de l'exception de fraude ne doit pas constituer un moyen pour créer une incertitude et un manque de confiance graves dans le fonctionnement d'opérations par lettres de crédit et, en même temps, l'application du principe de l'autonomie ne doit pas servir à encourager ou à faciliter la fraude dans ces opérations. L'importance relative de l'une ou l'autre de ces deux considérations tend à expliquer ce qui a été caractérisé comme les attitudes strictes et plus libérales à l'égard du recours à l'exception de fraude qui ont chacune des partisans dans la jurisprudence et la doctrine. Pour une analyse intéressante des questions, exposant un changement évident d'opinions sur une période d'environ quinze ans, voir E. P. Ellinger, «The Tender of Fraudulent Documents Under Documentary Letters of Credit» (1965), 7 *Malaya L. Rev.* 24, et «Fraud in Documentary Credit Transactions,» [1981] *J.B.L.* 258. Je propose de mentionner brièvement la jurisprudence américaine, anglaise et canadienne qui porte sur ces questions. La plupart des affaires ont trait à une demande d'injonction préliminaire ou interlocutoire visant à empêcher une banque émettrice de payer aux termes d'une lettre de crédit ou de garantie. Peu, sinon aucune, n'a eu à trancher la

the beneficiary, and that its payment of the draft was therefore an improper or unauthorized one for which the customer was not obliged to reimburse the bank.

It is generally acknowledged that the fraud exception to the autonomy of documentary credits was first recognized by American courts and that the leading case is *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.*, 31 N.Y.S.2d 631 (S.C. 1941). There the question arose on a motion to dismiss a complaint to enjoin the issuing bank from paying a draft under a letter of credit on the ground that the complaint did not set forth a cause of action. The allegations of the complaint had therefore to be taken as established for purposes of the motion to dismiss. The fraud alleged was that instead of the goods ordered and described in the bill of lading and invoices accompanying the draft the seller beneficiary of the credit had shipped worthless material and rubbish. Shientag J. stated the principle of autonomy as follows at p. 633:

It is well established that a letter of credit is independent of the primary contract of sale between the buyer and the seller. The issuing bank agrees to pay upon presentation of documents, not goods. This rule is necessary to preserve the efficiency of the letter of credit as an instrument for the financing of trade. One of the chief purposes of the letter of credit is to furnish the seller with a ready means of obtaining prompt payment for his merchandise. It would be a most unfortunate interference with business transactions if a bank before honoring drafts drawn upon it was obliged or even allowed to go behind the documents, at the request of the buyer and enter into controversies between the buyer and the seller regarding the quality of the merchandise shipped.

question précise soulevée en l'espèce: que doit démontrer le client ou le demandeur de crédit, lorsqu'il n'y a pas eu de demande d'injonction, pour justifier la conclusion que la banque émettrice n'était pas obligée de payer une traite tirée en vertu d'une lettre de crédit en raison de sa connaissance préalable de la fraude du bénéficiaire, que son paiement de la traite est par conséquent irrégulier ou non autorisé et que le client n'est pas obligé de rembourser la banque?

Il est généralement admis que l'exception de fraude opposable à l'autonomie des crédits documentaires a d'abord été reconnue par les tribunaux américains et que l'arrêt de principe est *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.*, 31 N.Y.S.2d 631 (S.C. 1941). Dans cette affaire, la question découlait d'une requête en rejet d'une plainte visant à interdire à la banque émettrice de payer une traite tirée en vertu d'une lettre de crédit pour le motif que la plainte n'avait pas établi de cause d'action. Les allégations de la plainte devaient par conséquent être considérées comme établies aux fins de la requête en rejet. Suivant les allégations, il y aurait eu fraude parce que, au lieu des marchandises commandées et décrites dans le connaissement et les factures accompagnant la traite, le vendeur bénéficiaire du crédit avait expédié de l'équipement sans valeur et de la pacotille. Le juge Shientag a énoncé le principe de l'autonomie de la manière suivante à la p. 633:

[TRADUCTION] Il est bien établi qu'une lettre de crédit est indépendante du contrat de vente principal conclu entre l'acheteur et le vendeur. La banque émettrice accepte de payer sur présentation des documents et non des marchandises. Cette règle est nécessaire pour garantir l'efficacité de la lettre de crédit à titre d'instrument pour le financement du commerce. L'un des buts principaux de la lettre de crédit est de fournir au vendeur un moyen facile d'obtenir le paiement rapide de ses marchandises. Ce serait une ingérence malheureuse dans les opérations commerciales si une banque, avant d'honorer des traites tirées sur elle, était obligée de vérifier au-delà de l'apparence les documents à la demande de l'acheteur ou même était autorisée à le faire et de s'immiscer dans des controverses entre l'acheteur et le vendeur concernant la qualité de la marchandise expédiée.

He distinguished the case before him as one involving fraud by the beneficiary of the credit as follows at p. 634:

This is not a controversy between the buyer and seller concerning a mere breach of warranty regarding the quality of the merchandise; on the present motion, it must be assumed that the seller has intentionally failed to ship any goods ordered by the buyer. In such a situation, where the seller's fraud has been called to the bank's attention before the drafts and documents have been presented for payment, the principle of the independence of the bank's obligation under the letter of credit should not be extended to protect the unscrupulous seller.

It is not clear whether *Sztejn* was, or should have been, regarded by the court as a case of false documents or a case of fraud in the underlying transaction, although the latter is probably the better view. The bill of lading and invoices correctly described the goods called for by the contract of sale, but the fraud consisted of the failure to ship any goods of that kind. The bill of lading and invoices could, however, be regarded as false documents in that they misrepresented the goods that were in fact shipped. With respect to another issue bearing on the scope or availability of the fraud exception, Shientag J. held that despite conflicting opinion he preferred the view that the fraud exception could not be raised against a holder in due course of a draft on a letter of credit. On the allegations of the complaint, however, which had to be taken as true, the bank presenting the draft for payment was a mere agent for collection and not a holder in due course.

The fraud exception is now governed in the United States by § 5-114(2) of the *Uniform Commercial Code*, which has been adopted, in some cases in a modified form, in almost every state. It applies to both "forged or fraudulent" documents and "fraud in the transaction". The issuer of a credit must honour a draft, despite notification of fraud, when it is presented with apparently con-

Il a établi une distinction entre l'espèce et une affaire dans laquelle il y a fraude de la part du bénéficiaire du crédit, de la manière suivante à la p. 634:

^a [TRADUCTION] Il ne s'agit pas d'une controverse entre l'acheteur et le vendeur concernant la simple violation de la garantie à l'égard de la qualité de la marchandise; en l'espèce, il faut présumer que le vendeur a intentionnellement omis d'expédier les marchandises commandées par l'acheteur. Dans une telle situation, où la fraude du demandeur a été portée à l'attention de la banque avant que les traites et les documents aient été présentés pour paiement, le principe de l'indépendance de l'obligation de la banque aux termes de la lettre de crédit ne devrait pas être appliqué pour protéger le vendeur malhonnête.

On ne sait pas clairement si l'arrêt *Sztejn* était, ou aurait dû être, considéré par la cour comme une affaire de faux documents ou une affaire de fraude dans l'opération sous-jacente, bien que cette dernière possibilité soit la plus vraisemblable. Le connaissement et les factures décrivaient correctement les marchandises demandées dans le contrat de vente, mais il y a eu fraude parce qu'aucune marchandise de ce genre n'a été expédiée. Toutefois, le connaissement et les factures pouvaient être considérés comme des faux documents car ils donnaient une fausse description des marchandises qui en fait avaient été expédiées. Quant à l'autre question relative à la portée de l'exception de fraude ou à la possibilité d'y recourir, le juge Shientag a conclu que, malgré les opinions divergentes, il préférerait l'opinion que l'exception de fraude ne pouvait être soulevée contre le détenteur régulier d'une traite tirée sur une lettre de crédit. Toutefois, en ce qui a trait aux allégations de la plainte, qui devaient être considérées comme vraies, la banque qui a présenté la traite pour paiement était un simple agent de recouvrement et non un détenteur régulier.

L'exception de fraude est maintenant régie aux États-Unis par § 5-114(2) du *Uniform Commercial Code*, qui a été adopté, dans certains cas avec modifications, par presque chaque État. Il s'applique aux documents [TRADUCTION] «contrefaits ou frauduleux» et à la [TRADUCTION] «fraude dans l'opération». L'émetteur d'un crédit doit honorer une traite, malgré l'avertissement de fraude, lors-

forming documents by one who is in the position of a holder in due course. In other cases of fraud of which the issuer has notice, the issuer has an option, which must be exercised in good faith, as to whether or not to honour the draft, but a court may enjoin it from doing so. There have been various characterizations of the nature of the fraud required to justify an issuing bank in refusing payment of a draft or a court in granting an injunction to restrain such payment. The exception for forged, and generally for false, documents is clear enough. The main area of uncertainty lies in the scope to be given to the exception for "fraud in the transaction". See H. Harfield, *Bank Credits and Acceptances* (5th ed. 1974), pp. 82-83, and *Letters of Credit* (1979), pp. 84-85, for the view that "fraud in the transaction" should be confined to fraud in the letter of credit transaction or a transaction so intimately related to the letter of credit transaction as to be an implied term of it; and the Note, "'Fraud in the Transaction': Enjoining Letters of Credit During the Iranian Revolution" (1980), 93 *Harv. L. Rev.* 992 for a critical evaluation of this view. The required fraud has been described in somewhat vague terms as fraud of sufficient seriousness to destroy the foundation of the letter of credit transaction. Thus in *Intraworld Industries, Inc. v. Girard Trust Bank*, 336 A.2d 316 (Pa. S.C. 1975), it was said at p. 324: "In light of the basic rule of the independence of the issuer's engagement and the importance of this rule to the effectuation of the purposes of the letter of credit, we think that the circumstances which will justify an injunction against honor must be narrowly limited to situations of fraud in which the wrongdoing of the beneficiary has so vitiated the entire transaction that the legitimate purposes of the independence of the issuer's obligation would no longer be served." In *New York Life Insurance Co. v. Hartford National Bank & Trust Co.*, 378 A.2d 562 (Conn. S.C. 1977), at p. 567, it was said, quoting this passage from *Intraworld Industries*, that it would be only in "rare situations of egregious fraud" that the issuer of a credit would be justified in going behind "apparently regular, conforming documents". See also *First Arlington National Bank v. Stathis*, 413 N.E.2d 1288 (Ill. App. 1980), at p. 1295, where, in addi-

qu'elle est présentée avec des documents apparemment conformes par une personne qui est dans la position d'un détenteur régulier. Dans d'autres cas de fraude dont l'émetteur est avisé, celui-ci a le choix, qui doit être exercé de bonne foi, d'honorer ou non la traite, mais un tribunal peut lui interdire de le faire. Il y a eu diverses qualifications de la nature de la fraude nécessaire pour justifier le refus par la banque émettrice de payer la traite ou une injonction pour empêcher un tel paiement. L'exception de documents contrefaits et d'une manière générale faux est suffisamment évidente. La principale incertitude découle de la portée qu'on doit donner à l'exception relative à la «fraude dans l'opération». Voir H. Harfield, *Bank Credits and Acceptances* (5th ed. 1974), aux pp. 82 et 83, et *Letters of Credit* (1979), aux pp. 84 et 85, à l'appui de l'opinion que la «fraude dans l'opération» devrait être restreinte à la fraude dans l'opération constatée par la lettre de crédit ou dans une opération si intimement reliée à l'opération constatée par la lettre de crédit qu'elle en est une condition implicite; et la Note, «'Fraud in the Transaction': Enjoining Letters of Credit During the Iranian Revolution» (1980), 93 *Harv. L. Rev.* 992 pour une critique de cette opinion. La fraude nécessaire a été décrite dans des termes quelque peu vagues comme la fraude suffisamment grave pour détruire le fondement de l'opération constatée par la lettre de crédit. Ainsi, dans l'affaire *Intraworld Industries, Inc. v. Girard Trust Bank*, 336 A.2d 316 (Pa. S.C. 1975), on a dit à la p. 324: [TRADUCTION] «Compte tenu de la règle fondamentale de l'indépendance de l'engagement de l'émetteur et de l'importance de cette règle pour les fins des lettres de crédit, nous pensons que les circonstances qui justifient une injonction interdisant de l'honorer doivent être restreintes aux situations de fraude dans lesquelles le méfait du bénéficiaire a vicié l'opération entière au point que le but légitime de l'indépendance de l'obligation de l'émetteur n'aurait plus sa raison d'être.» Dans l'affaire *New York Life Insurance Co. v. Hartford National Bank & Trust Co.*, 378 A.2d 562 (Conn. S.C. 1977), à la p. 567, on a dit en citant ce passage de l'affaire *Intraworld Industries*, que ce ne serait que dans des [TRADUCTION] «situations rares de fraude énorme» que l'émetteur d'un crédit

tion to quoting the above statements from the *Intraworld Industries* and *New York Life Insurance* cases, the court referred to the characterization, in *Foreign Venture Ltd. Partnership v. Chemical Bank*, 399 N.Y.S.2d 114 (App. Div. 1977), of the exception for “fraud in the transaction” as “a narrow exception”. *Dynamics Corp. of America v. Citizens & Southern National Bank*, 356 F. Supp. 991 (N.D. Ga. 1973); *NMC Enterprises, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 14 UCC Rep. 1427 (N.Y.S.C. 1974), and *United Bank Ltd. v. Cambridge Sporting Goods Corp.*, 360 N.E.2d 943 (N.Y.C.A. 1976), in which preliminary injunctions were granted to restrain an issuing bank from paying under a letter of credit on the ground of fraud by the beneficiary, are thought to reflect a less strict view of the fraud exception under § 5-114. Cf. S. H. Van Houten, “Letters of Credit and Fraud: A Revisionist View” (1984), 62 *Can. Bar Rev.* 371 at pp. 380-81. In granting a preliminary injunction to preserve the status quo in *Dynamics Corp.*, the court acknowledged that the issue of fraud would be a difficult one to resolve at trial and said at p. 1000: “It appears to the court that plaintiff has at least a decent chance of winning this suit, and there is as much public interest in discouraging fraud as in encouraging the use of letters of credit.” In *NMC Enterprises*, a preliminary injunction was granted to restrain an issuing bank from honouring a draft under a letter of credit on a *prima facie* showing of fraud in the “underlying transaction” of sale, which was said to be “tainted with fraud in its inducement.” The buyer was induced to enter into the contract of sale by representations concerning the product which the seller knew at the time to be false. The court rejected the contention that the fraud exception recognized in *Sztejn* was confined to “fraud intrinsic to the documents” and did not extend to fraud in the underlying transaction. It held that if the sales contract was tainted with fraud in its inducement any document required by the letter of credit to be submitted with the draft to show entitlement to payment was equally tainted. In *Cambridge Sporting Goods*, the fraud, which consisted of the shipment of old, unpadding, ripped and mildewed boxing gloves instead of the new ones ordered by the customer, was similar to

serait justifié de vérifier au delà de l'apparence des [TRADUCTION] «documents conformes apparemment réguliers». Voir également l'affaire *First Arlington National Bank v. Stathis*, 413 N.E.2d 1288 (Ill. App. 1980), à la p. 1295, où, en plus de citer les extraits précités tirés des affaires *Intraworld Industries* et de *New York Life Insurance*, la cour a mentionné la caractérisation, dans l'affaire *Foreign Venture Ltd. Partnership v. Chemical Bank*, 399 N.Y.S.2d 114 (App. Div. 1977), de l'exception de «fraude dans l'opération» comme [TRADUCTION] «une exception limitée». Les décisions *Dynamics Corp. of America v. Citizens & Southern National Bank*, 356 F. Supp. 991 (N.D. Ga. 1973); *NMC Enterprises, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 14 UCC Rep. 1427 (N.Y.S.C. 1974), et *United Bank Ltd. v. Cambridge Sporting Goods Corp.*, 360 N.E.2d 943 (N.Y.C.A. 1976), dans lesquelles des injonctions préliminaires ont été accordées pour empêcher une banque émettrice de payer aux termes d'une lettre de crédit pour motif de fraude de la part du bénéficiaire, révèlent, croit-on, une opinion moins stricte relativement à l'exception de fraude aux termes de § 5-114. Voir S. H. Van Houten, «Letters of Credit and Fraud: A Revisionist View» (1984), 62 *R. du B. can.* 371 aux pp. 380 et 381. En accordant une injonction préliminaire pour maintenir le statu quo dans l'affaire *Dynamics Corp.*, la cour a reconnu que la question de fraude serait difficile à résoudre au procès et a dit à la p. 1000: [TRADUCTION] «Il semble à la cour que la demanderesse a au moins une bonne chance de gagner cette action et il est autant dans l'intérêt public de décourager la fraude que d'encourager l'utilisation des lettres de crédit.» Dans l'affaire *NMC Enterprises*, une injonction préliminaire a été accordée pour empêcher une banque émettrice d'honorer une traite tirée en vertu d'une lettre de crédit après une démonstration *prima facie* de fraude dans [TRADUCTION] «l'opération sous-jacente» que constituait la vente dont on disait que [TRADUCTION] «ce qui a mené à sa conclusion était vicié par la fraude.» L'acheteur a été amené à conclure le contrat de vente par des déclarations sur le produit que le vendeur savait être fausses à ce moment-là. La cour a rejeté l'argument selon lequel l'exception de fraude reconnue dans l'affaire

that in *Sztejn* and was held to fall within the words "fraud in the transaction" in § 5-114. The court said at p. 949: "It should be noted that the drafters of section 5-114, in their attempt to codify the *Sztejn* case and in utilizing the term "fraud in the transaction", have eschewed a dogmatic approach and adopted a flexible standard to be applied as the circumstances of a particular situation mandate." The court held that once fraud was shown the burden was on the holder of a draft to prove that he was a holder in due course and that the burden had not been discharged. In *Itek Corp. v. First National Bank of Boston*, 511 F. Supp. 1341 (D. Mass. 1981), one of the fraud exception cases arising out of the Iranian Revolution, a preliminary injunction was granted to restrain an issuing bank from paying under a standby letter of credit on a *prima facie* showing that the demand for payment was fraudulent. *Rockwell International Systems, Inc. v. Citibank, N.A.*, 719 F.2d 583 (2d Cir. 1983), another of the Iranian cases, reflects a fairly broad view of what is encompassed by "fraud in the transaction". Referring to *Sztejn* and *Cambridge Sporting Goods*, the court said that it must look to the circumstances surrounding the transaction to determine whether there had been an "outright fraudulent practice". It said that it was fraud for a beneficiary of a credit who has acted in such a manner as to prevent the performance of the underlying contract to attempt to reap the benefit of the credit.

Sztejn était restreinte à la [TRADUCTION] «fraude intrinsèque aux documents» et ne s'appliquait pas à la fraude dans l'opération sous-jacente. Elle a conclu que, si ce qui a mené à la conclusion du contrat de vente était vicié par la fraude, tout document qui devait, en vertu de la lettre de crédit, être présenté avec la traite pour démontrer le droit au paiement était également vicié. Dans l'affaire *Cambridge Sporting Goods*, la fraude, qui était constituée par l'expédition de vieux gants de boxe non rembourrés, déchirés et moisis au lieu des neufs que le client avait commandés, était semblable à celle de l'affaire *Sztejn* et on a conclu qu'elle était visée par les termes «fraude dans l'opération» du § 5-114. La cour a dit à la p. 949: [TRADUCTION] «Il convient de souligner que, lorsque les rédacteurs de l'article 5-114 ont tenté de codifier l'arrêt *Sztejn* et employé l'expression «fraude dans l'opération», ils ont évité une attitude dogmatique et ont adopté une norme souple qui s'applique selon les circonstances d'une situation particulière.» La cour a conclu que, lorsque la fraude est démontrée, il incombe au détenteur d'une traite de prouver qu'il était un détenteur régulier et il ne s'était pas acquitté de cette obligation. Dans l'affaire *Itek Corp. v. First National Bank of Boston*, 511 F. Supp. 1341 (D. Mass. 1981), une des affaires découlant de la révolution iranienne portant sur l'exception de fraude, une injonction préliminaire a été accordée pour empêcher une banque émettrice de payer aux termes d'une caution bancaire à première demande, après une démonstration *prima facie* que la demande de paiement était frauduleuse. Il ressort de l'affaire *Rockwell International Systems, Inc. v. Citibank, N.A.*, 719 F.2d 583 (2d Cir. 1983), une autre des affaires iraniennes, une vision assez large de ce qu'englobe l'expression «fraude dans l'opération». Mentionnant les affaires *Sztejn* et *Cambridge Sporting Goods*, la cour a dit qu'elle devait examiner les circonstances entourant l'opération pour déterminer s'il y avait eu une [TRADUCTION] «pratique entièrement frauduleuse». Elle a dit qu'il y avait fraude lorsque le bénéficiaire d'un crédit a agi de manière à empêcher l'exécution du contrat sous-jacent pour tenter de tirer le bénéfice du crédit.

The English cases are regarded as having adopted a somewhat strict view of the fraud exception. There has been particular emphasis on the importance to international commerce of the principle of the autonomy of documentary credits, and it has been held that the alleged fraud of the beneficiary of a credit must be clearly established to justify a refusal by the issuing bank to honour a draft under the credit or to warrant an injunction to restrain it from doing so. See *Malas v. British Imex Industries, Ltd.*, [1958] 1 All E.R. 262 (C.A.); *Discount Records Ltd. v. Barclays Bank Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 1071 (Ch. D.); *R. D. Harbottle (Mercantile) Ltd. v. National Westminster Bank Ltd.*, [1977] 2 All E.R. 862 (Q.B.); and *Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 976 (C.A.) In *Malas and Discount Records*, where what was complained of by the buyer was that the goods called for by the contract of sale had not been delivered, injunctions to enjoin an issuing bank from honouring a draft under a letter of credit were refused on the ground that fraud had not been established. In *Discount Records*, Megarry J. noted that *Sztejn* had been a case of "established fraud" because on the motion to dismiss the complaint for failure to disclose a cause of action the court had been required to assume the truth of the allegation of fraud. Megarry J. said that in contrast there was in the case before him a mere allegation of fraud, and he observed that it would ordinarily be difficult to resolve an issue of fraud in proceedings to which the seller was not a party. Noting also that in *Sztejn* the bank which presented the draft for payment was not a holder in due course, Megarry J. gave as an additional reason for refusing an injunction the possibility that the draft had passed into hands of a holder in due course. The clear implication is that he accepted this qualification of the fraud exception as applicable in English law. For further recognition that the fraud exception cannot be raised against a holder in due course of a draft see *European Asian Bank A.G. v. Punjab and Sind Bank*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 611 (C.A.), at pp. 615-19. In *Harbottle, supra*, in discharging an injunction to restrain a bank from performing its obligation under a performance bond or guarantee, which was held to be subject to a principle

On considère que la jurisprudence anglaise a adopté une attitude quelque peu stricte à l'égard de l'exception de fraude. On a particulièrement mis l'accent sur l'importance du principe de l'autonomie des crédits documentaires pour le commerce international et on a jugé que la fraude alléguée du bénéficiaire d'un crédit doit être établie clairement pour justifier le refus de la banque émettrice d'honorer une traite tirée en vertu du crédit ou une injonction pour l'empêcher de le faire. Voir *Malas v. British Imex Industries, Ltd.*, [1958] 1 All E.R. 262 (C.A.); *Discount Records Ltd. v. Barclays Bank Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 1071 (Ch. D.); *R. D. Harbottle (Mercantile) Ltd. v. National Westminster Bank Ltd.*, [1977] 2 All E.R. 862 (Q.B.); et *Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 976 (C.A.) Dans les arrêts *Malas* et *Discount Records*, où l'acheteur se plaignait que les marchandises demandées en vertu du contrat de vente n'avaient pas été livrées, des injonctions qui auraient interdit à la banque émettrice d'honorer une traite tirée en vertu d'une lettre de crédit ont été refusées pour le motif que la fraude n'avait pas été démontrée. Dans l'arrêt *Discount Records*, le juge Megarry a souligné que l'arrêt *Sztejn* avait été une affaire de [TRADUCTION] «fraude démontrée» parce que, dans le cas de la requête en rejet de la plainte au motif qu'elle ne révélait pas de cause d'action, la cour a été tenue de présumer la véracité de l'allégation de fraude. Le juge Megarry a dit que, par contre, l'affaire dont il était saisi comportait une simple allégation de fraude et il a fait remarquer qu'il est ordinairement difficile de résoudre une question de fraude dans des poursuites où le vendeur n'est pas partie. Soulignant également que dans l'arrêt *Sztejn*, la banque qui présentait la traite en paiement n'était pas un détenteur régulier, le juge Megarry a donné comme raison supplémentaire du refus de l'injonction la possibilité que la traite soit passée entre les mains d'un détenteur régulier. Cela montre nettement qu'il a reconnu que cette limitation de l'exception de fraude était applicable en droit anglais. L'affaire *European Asian Bank A.G. v. Punjab and Sind Bank*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 611 (C.A.), aux pp. 615 et 619, reconnaît également que l'exception de fraude ne peut être soulevée contre le détenteur

of autonomy similar to that which governs documentary credits, Kerr J. held that the case was not one of "established fraud" and that the courts would not interfere with the irrevocable obligations of banks except in "clear cases of fraud of which the banks have notice. "In *Edward Owen Engineering*, which also involved an unsuccessful application for an injunction to restrain a bank, on the ground of fraud, from paying under a performance guarantee, the expressions used to characterize the nature and proof of the fraud required to relieve a bank of its obligation under a letter of credit, to which a performance guarantee was likened, were "obvious fraud to the knowledge of the bank", "clear fraud of which the bank has notice", fraud that is "very clearly established" and fraud that is "obvious or clear to the bank." After referring to *Sztejn*, Lord Denning M.R. said at p. 982:

That case shows that there is this exception to the strict rule: the bank ought not to pay under the credit if it knows that the documents are forged or that the request for payment is made fraudulently in circumstances when there is no right to payment.

I would in this regard quote the words of Browne L.J. in an unreported case when he was sitting at first instance. It is *Bank Russo-Iran v. Gordon Woodroffe & Co. Ltd.* ([1972] *The Times*, 4th October). He said:

'In my judgment, if the documents are presented by the beneficiary himself, and are forged or fraudulent, the bank is entitled to refuse payment if the bank finds out before payment, and is entitled to recover the money as paid under a mistake of fact if it finds out after payment'.

In *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1983] 1 A.C. 168, the House of Lords reaffirmed the importance of the principle of autonomy and held that the fraud

régulier d'une traite. Dans l'affaire *Harbottle*, précitée, en refusant de délivrer une injonction qui aurait interdit à une banque de remplir son obligation aux termes d'un cautionnement ou d'une garantie d'exécution qui a été jugée assujettie à un principe d'autonomie semblable à celui qui régit les crédits documentaires, le juge Kerr a statué que l'affaire ne portait pas sur une [TRADUCTION] «fraude démontrée» et que les tribunaux ne devraient pas intervenir dans les obligations irrévocables des banques sauf dans les [TRADUCTION] «affaires évidentes de fraude dont les banques étaient au courant». Dans l'arrêt *Edward Owen Engineering*, qui comportait également une demande infructueuse d'injonction pour interdire à une banque, pour cause de fraude, de payer en vertu d'un cautionnement, les expressions utilisées pour caractériser la nature de la fraude et la preuve nécessaire pour relever une banque de son obligation aux termes d'une lettre de crédit, à laquelle le cautionnement est assimilé, étaient [TRADUCTION] «une fraude évidente dont la banque avait connaissance», «une fraude claire dont la banque a été avisée», une fraude qui est [TRADUCTION] «très clairement démontrée» et une fraude qui est [TRADUCTION] «évidente ou claire pour la banque.» Après avoir mentionné l'arrêt *Sztejn*, lord Denning, maître des rôles, a dit à la p. 982:

[TRADUCTION] Cette affaire démontre l'existence de l'exception suivante à la règle stricte: la banque ne devrait pas payer en vertu du crédit si elle sait que les documents sont contrefaits ou que la demande de paiement est présentée frauduleusement dans des circonstances où il n'y a aucun droit au paiement.

À cet égard il convient de citer les observations du lord juge Browne dans une affaire inédite lorsqu'il siégeait en première instance. Il s'agit de l'affaire *Bank Russo-Iran v. Gordon Woodroffe & Co. Ltd.* ([1972] *The Times*, 4 octobre). Il a dit:

«À mon avis, si les documents sont présentés par le bénéficiaire lui-même et qu'ils sont contrefaits ou frauduleux, la banque a le droit de refuser le paiement si elle le découvre avant de payer et elle a le droit de recouvrer l'argent payé en vertu d'une erreur de fait si elle le découvre après avoir payé».

Dans l'arrêt *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1983] 1 A.C. 168, la Chambre des lords a affirmé de nouveau l'importance du principe de l'autonomie et a statué

exception did not apply to fraud by a third party of which the beneficiary of the credit was innocent. In that case loading brokers for the carrier had, unknown to the seller and beneficiary of the credit, fraudulently misrepresented on the bill of lading the date on which the goods had been received on board for shipment, which was a material requirement of the letter of credit. Lord Diplock stated the fraud exception to the principle of autonomy as follows at p. 183: "To this general statement of principle as to the contractual obligations of the confirming bank to the seller, there is one established exception: that is, where the seller for the purpose of drawing on the credit, fraudulently presents to the confirming bank documents that contain, expressly or by implication, material representations of fact that to his knowledge are untrue." This statement of the fraud exception would appear to exclude fraud in the underlying transaction, although whether that was intended is not clear because the fraud in issue was clearly fraud with respect to one of the documents stipulated in the credit. See H. C. Gutteridge and M. Megrah, *The Law of Bankers' Commercial Credits* (7th ed. 1984), p. 183, for the opinion, without reference to authority, that "fraud in the transaction" is not recognized by English law as falling within the fraud exception to the autonomy of documentary credits.

Canadian courts have recognized the fraud exception to the independent or autonomous nature of a bank's obligation to the beneficiary of a letter of credit or a performance guarantee, with particular reliance on *Sztejn* and *Edward Owen Engineering* as authority for the exception. The earlier Canadian cases on the fraud exception, such as *Lumcorp Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1977] C.S. 993, and *Aspen Planners Ltd. v. Commerce Masonry & Forming Ltd.* (1979), 100 D.L.R. (3d) 546 (Ont. H.C.), in which injunctions were refused on the ground that there had been no proof of fraud, appear to have assumed that the appropriate test was that of clearly established fraud laid down in *Edward Owen Engineering*. Later cases, however, have on

que l'exception de fraude ne s'appliquait pas à la fraude d'un tiers à l'égard de laquelle le bénéficiaire du crédit était innocent. Dans cette affaire, les courtiers d'affrètement qui agissaient pour le transporteur avaient, à l'insu du vendeur et du bénéficiaire du crédit, frauduleusement falsifié sur le connaissement la date à laquelle les marchandises avaient été reçues à bord pour expédition, ce qui constituait une exigence importante de la lettre de crédit. Lord Diplock a énoncé l'exception de fraude opposable au principe d'autonomie de la manière suivante à la p. 183: [TRADUCTION] «Il existe une seule exception reconnue à cet énoncé de principe général sur les obligations contractuelles de la banque qui confirme à l'endroit du vendeur: lorsque, aux fins de tirer sur le crédit, le vendeur présente frauduleusement à la banque qui confirme des documents qui contiennent, expressément ou de manière implicite, des énoncés de fait importants qui à sa connaissance sont faux.» Cet énoncé de l'exception de fraude semble exclure la fraude dans l'opération sous-jacente, bien qu'il ne soit pas clair de savoir si cela était voulu parce que la fraude en question était clairement une fraude à l'égard d'un des documents prévus dans le crédit. Voir H. C. Gutteridge et M. Megrah, *The Law of Bankers' Commercial Credits* (7th ed. 1984), à la p. 183 pour l'opinion, sans mention de jurisprudence, selon laquelle le droit anglais ne reconnaît pas que «la fraude dans l'opération» relève de l'exception de fraude opposable à l'autonomie des crédits documentaires.

Les tribunaux canadiens ont reconnu l'exception de fraude opposable à la nature indépendante ou autonome de l'obligation d'une banque envers le bénéficiaire d'une lettre de crédit ou d'une garantie d'exécution, en s'appuyant en particulier sur les arrêts *Sztejn* et *Edward Owen Engineering* comme fondement de l'exception. Les premières affaires canadiennes sur l'exception en matière de fraude comme *Lumcorp Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1977] C.S. 993, et *Aspen Planners Ltd. v. Commerce Masonry & Forming Ltd.* (1979), 100 D.L.R. (3d) 546 (H.C. Ont.), dans lesquelles les injonctions ont été refusées pour le motif que la fraude n'avait pas été démontrée, paraissent avoir présumer que le critère approprié était celui de la fraude clairement établie comme

the whole adopted the test of a strong *prima facie* case of fraud applied by Galligan J. in *C.D.N. Research & Developments Ltd. v. Bank of Nova Scotia* (1980), 18 C.P.C. 62 (Ont. H.C.), and regarded as less onerous and more appropriate on an application for an interlocutory injunction than the test of clearly established fraud. The fraud exception has been held, citing the language of Lord Denning M.R. and Browne L.J. in *Edward Owen Engineering*, to apply to what amounts, in the particular circumstances of a case, to a fraudulent demand for payment, and it has been said that the exception should not be confined, as possibly suggested in *United City Merchants*, to fraud in the tendered documents. See *Henderson v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1982), 40 B.C.L.R. 318 (S.C.) It has been held that the fraud exception applies so long as the fraud has been brought to the knowledge of the issuing bank before the bank has paid under the letter of credit, whether or not it was brought to the knowledge of the bank before the demand for payment was made: *Rosen v. Pullen* (1981), 126 D.L.R. (3d) 62 (Ont. H.C.) As yet no Canadian court appears to have been called on to decide whether the fraud exception may be opposed to the holder in due course of a draft on a letter of credit. In *Canadian Pioneer Petroleum Inc. v. Federal Deposit Insurance Corp.* (1984), 30 Sask. R. 315 (Q.B.), there is a helpful review by Halvorson J. of the law with respect to the fraud exception, as it has been applied in Canadian decisions, which received the approval of the Manitoba Court of Appeal in *Phoenix Conveyer and Belting Systems Inc. v. Speed King Manufacturing Co.* (1985), 37 Man. R. (2d) 84.

I would affirm the fraud exception to the autonomy of documentary letters of credit as part of Canadian law, including the law of Quebec. There is in my opinion no reason in principle why the fraud exception should not be applied in Quebec on the same basis as it has been applied in common law jurisdictions. It rests on a principle that is common to both systems of law, which is

l'a énoncé l'affaire *Edward Owen Engineering*. Toutefois les affaires plus récentes ont dans l'ensemble adopté le critère de la solide preuve *prima facie* de fraude appliqué par le juge Galligan dans *C.D.N. Research & Developments Ltd. v. Bank of Nova Scotia* (1980), 18 C.P.C. 62 (H.C. Ont.), et considéré comme moins onéreux et plus approprié dans le cas d'une demande d'injonction interlocutoire que le critère de la fraude clairement établie. L'exception de fraude a été considérée, pour reprendre les termes de lord Denning, maître des rôles, et du lord juge Brown dans *Edward Owen Engineering*, comme s'appliquant à ce qui équivaut, dans les circonstances particulières d'une affaire, à une demande frauduleuse de paiement et on a dit que l'exception ne devrait pas être restreinte, comme cela a peut-être été proposé dans *United City Merchants*, à la fraude dans les documents présentés. Voir *Henderson v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1982), 40 B.C.L.R. 318 (C.S.) Il a été jugé que l'exception de fraude s'applique dans la mesure où la fraude a été portée à la connaissance de la banque émettrice avant que celle-ci ait payé aux termes de la lettre de crédit, qu'elle ait ou non été portée à la connaissance de la banque avant que la demande de paiement ait été présentée: *Rosen v. Pullen* (1981), 126 D.L.R. (3d) 62 (H.C. Ont.) Jusqu'à maintenant aucun tribunal canadien ne paraît avoir été chargé de décider si l'exception de fraude peut être opposée au détenteur régulier d'une traite tirée sur une lettre de crédit. L'affaire *Canadian Pioneer Petroleum Inc. v. Federal Deposit Insurance Corp.* (1984), 30 Sask. R. 315 (B.R.), contient un examen utile fait par le juge Halvorson du droit relatif à l'exception de fraude, tel qu'il a été appliqué dans les décisions canadiennes; son examen a reçu l'approbation de la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *Phoenix Conveyer and Belting Systems Inc. v. Speed King Manufacturing Co.* (1985), 37 Man. R. (2d) 84.

Je suis d'avis de confirmer que l'exception de fraude opposable à l'autonomie des lettres de crédit documentaires fait partie du droit canadien, y compris du droit du Québec. Il n'y a à mon avis aucun motif de principe pour lequel l'exception de fraude ne devrait pas être appliquée au Québec sur le même fondement qu'elle a été appliquée dans les juridictions de *common law*. Elle repose sur un

usually expressed in the civil law by the maxim *fraus omnia corrumpit* and in the common law by the maxim *ex turpi causa non oritur actio* (cf. *Lumcorp, supra*, at p. 995, and *United City Merchants, supra*, at p. 184). The fraud exception has been recognized by French doctrine on the basis of *fraus omnia corrumpit*. See J. Stoufflet, *Le crédit documentaire* (1957), p. 327, no. 392, citing the implications of a decision of the *Cour de cassation* of March 4, 1953 and the note by P. Lescot: Com. 4 mars 1953, S.1954.1.121. To the same effect see J. Stoufflet in *Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit commercial* (2^e éd. 1972), t. II, "Crédit documentaire", no. 109, and M. Pomerleau, "La fraude du bénéficiaire du crédit documentaire irrévocable—Étude comparative en droit commercial international" (1984), 44 *R. du B.* 113 at p. 119. For a discussion of the opinion of Stoufflet and the case on which it is based, see B. Kozolchyk, *Commercial Letters of Credit in the Americas* (1966), pp. 296-97. There is no doubt that there are important differences between the civil law and the common law concerning the rationale, in contract theory, for the legally enforceable nature of the issuing bank's obligation to the beneficiary under an irrevocable letter of credit. The general opinion appears to be that the obligation is of a *sui generis* contractual nature for which no completely satisfactory rationale has been found in the established categories of contract theory, but the judicial recognition of its legal enforceability is now beyond dispute. For a comparative analysis of the problems and the various theories with respect to what is now acknowledged to be an academic question, see particularly E. P. Ellinger, *Documentary Letters of Credit* (1970), chapters III, IV and V, and L. Sarna, *Letters of Credit: The Law and Current Practice* (2nd ed. 1986), chapter 2. But whatever be the differences between the two systems of law with respect to the best doctrinal rationale for the obligation of the issuing bank to the beneficiary of a credit, the effect of fraud on that obligation is essentially the same under the two systems. Thus, while there is a suggestion in the reasons of Monet J.A. in the Court of Appeal in the present case that the decisions on the fraud exception in common law jurisdictions may be of interest but

principe commun aux deux systèmes de droit, qui est habituellement exprimé en droit civil par la maxime *fraus omnia corrumpit* et en *common law* par la maxime *ex turpi causa non oritur actio* (voir *Lumcorp*, précité, à la p. 995, et *United City Merchants*, précité, à la p. 184). L'exception de fraude a été reconnue en droit français sur le fondement de la maxime *fraus omnia corrumpit*. Voir J. Stoufflet, *Le crédit documentaire* (1957), p. 327, n° 392, citant les conséquences d'un arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1953 avec notes de P. Lescot: Com. 4 mars 1953, S.1954.1.121. Voir au même effet J. Stoufflet, *Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit commercial* (2^e éd. 1972), t. II, «Crédit documentaire», n° 109, et M. Pomerleau, «La fraude du bénéficiaire du crédit documentaire irrévocable—Étude comparative en droit commercial international» (1984), 44 *R. du B.* 113 à la p. 119. Pour une discussion de l'opinion de Stoufflet et de l'arrêt sur lequel elle s'appuie, voir B. Kozolchyk, *Commercial Letters of Credit in the Americas* (1966), aux pp. 296 et 297. Il n'y a aucun doute qu'il existe des différences importantes entre le droit civil et la *common law* concernant la justification, dans la théorie contractuelle de la nature légalement exécutoire de l'obligation de la banque émettrice envers le bénéficiaire aux termes d'une lettre de crédit irrévocable. L'opinion générale paraît être que l'obligation est d'une nature contractuelle *sui generis* à l'égard de laquelle aucune justification entièrement satisfaisante ne se trouve dans les catégories établies de la théorie contractuelle, mais la reconnaissance judiciaire de sa possibilité d'exécution légale est maintenant incontestable. Pour une analyse comparative des diverses théories et des problèmes relatifs à ce qui est maintenant reconnu comme étant une question théorique, voir en particulier E. P. Ellinger, *Documentary Letters of Credit* (1970), chapitres III, IV et V, et L. Sarna, *Letters of Credit: The Law and Current Practice* (2nd ed. 1986), chapitre 2. Toutefois, quelles que puissent être les différences entre les deux systèmes de droit relativement à la meilleure justification doctrinale de l'obligation de la banque émettrice envers le bénéficiaire d'un crédit, l'effet de la fraude sur cette obligation est essentiellement le même dans les deux systèmes. Par conséquent bien que, dans

not of relevance in Quebec, I can, with respect, see no reason of principle why they should not be applied in determining the scope and availability of the fraud exception to the autonomy of documentary credits under Quebec law. This is particularly so because of the desirability of as much uniformity as possible in the law with respect to these vital instruments of international commerce.

In my opinion the fraud exception to the autonomy of documentary letters of credit should not be confined to cases of fraud in the tendered documents but should include fraud in the underlying transaction of such a character as to make the demand for payment under the credit a fraudulent one. The *Sztejn* and *Cambridge Sporting Goods* cases, to which reference has been made, illustrate the difficulty of distinguishing in some cases between a case of false documents and a case of fraudulent shipment covered by documents which accurately describe the goods called for. Yet the English decisions, in which the fraud exception has been stated in terms of documentary fraud (cf. *Etablissement Esefka International Anstalt v. Central Bank of Nigeria*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 445 (C.A.), at pp. 447-48), clearly assume that the situation in *Sztejn* falls within the fraud exception as they have adopted it, in reliance on that case. Moreover, the words of Lord Denning M.R. in *Edward Owen Engineering*—"the request for payment is made fraudulently in circumstances when there is no right to payment"—suggest that it was not intended to limit the fraud exception to documentary fraud, strictly speaking. In my view the fraud exception to the autonomy of a documentary credit should extend to any act of the beneficiary of a credit the effect of which would be to permit the beneficiary to obtain the benefit of the credit as a result of fraud.

I agree with the view expressed in *United City Merchants* that the fraud exception should be

ses motifs, le juge Monet en l'espèce dit que les décisions relatives à l'exception de fraude en *common law* peuvent être intéressantes mais ne sont pas pertinentes au Québec, je ne peux, avec ^a égards, voir pourquoi elles ne devraient pas être appliquées pour déterminer la portée de l'exception de fraude et la possibilité d'y recourir à l'encontre de l'autonomie des crédits documentaires en droit québécois. C'est particulièrement le cas puisqu'il ^b est souhaitable d'en arriver à la plus grande uniformité possible du droit relativement à ces effets vitaux pour le commerce international.

À mon avis l'exception de fraude opposable à ^c l'autonomie des lettres de crédit documentaires ne devrait pas être restreinte au cas de fraude dans les documents présentés, mais devrait comprendre la fraude dans les opérations sous-jacentes de nature ^d à rendre frauduleuse la demande de paiement en vertu d'un crédit. Les arrêts *Sztejn* et *Cambridge Sporting Goods* dont nous avons fait mention, illustrent la difficulté d'établir une distinction dans certains cas entre une affaire de documents contre- ^e faits et une affaire d'envoi frauduleux visé par des documents qui décrivent de manière précise les marchandises commandées. Toutefois, les décisions anglaises, dans lesquelles l'exception de fraude a été définie comme la fraude documentaire ^f (cf. *Etablissement Esefka International Anstalt v. Central Bank of Nigeria*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 445 (C.A.), aux pp. 447 et 448), prennent clairement pour acquis que la situation dans l'affaire *Sztejn* s'inscrit dans le cadre de l'exception de ^g fraude telle qu'elles l'ont adoptée, en se fondant sur cette affaire. De plus, les termes de lord Denning, maître des rôles, dans *Edward Owen Engineering*—[TRADUCTION] «la demande de paiement ^h est faite de manière frauduleuse dans des circonstances où il n'y a aucun droit au paiement»—laissent entendre qu'on ne voulait pas restreindre l'exception de fraude à la fraude documentaire de manière stricte. À mon avis, l'exception de fraude ⁱ applicable à l'autonomie d'un crédit documentaire devrait viser tout acte du bénéficiaire d'un crédit qui aurait pour effet de lui permettre d'obtenir le bénéfice du crédit par suite d'un acte frauduleux.

^j Je souscris à l'opinion exprimée dans *United City Merchants* selon laquelle l'exception de

confined to fraud by the beneficiary of a credit and should not extend to fraud by a third party of which the beneficiary is innocent. This appears to me to be a reasonable limit in principle on the scope of the fraud exception. I am also in agreement with the view that the fraud exception should not be opposable to the holder in due course of a draft on a letter of credit. While there is certainly something to be said for the contrary view, which is expressed in A. G. Davis, *The Law Relating to Commercial Letters of Credit* (2nd ed. 1954), pp. 165-66, and in E. P. Ellinger, "Fraud in Documentary Credit Transactions", *op. cit.*, at pp. 262-64, I think it is preferable, in the interests of the uniformity that is so important in this area of the law, that we should follow the rule that was affirmed in *Sztejn*, after consideration of the conflicting opinion, adopted by § 5-114(2) of the *Uniform Commercial Code* and apparently accepted by English decisions.

On the issue raised by this appeal, I would draw a distinction between what must be shown on an application for an interlocutory injunction to restrain payment under a letter of credit on the ground of fraud by the beneficiary of the credit and what must be shown, in a case such as this one, to establish that a draft was improperly paid by the issuing bank after notice of alleged fraud by the beneficiary. A strong *prima facie* case of fraud would appear to be a sufficient test on an application for an interlocutory injunction. Where, however, no such application was made and the issuing bank has had to exercise its own judgment as to whether or not to honour a draft, the test in my opinion should be the one laid down in *Edward Owen Engineering*—whether fraud was so established to the knowledge of the issuing bank before payment of the draft as to make the fraud clear or obvious to the bank. The justification for this distinction, in my view, is the difficulty of the position of the issuing bank, in so far as fraud is concerned, by comparison with that of a court on an application for an interlocutory injunction. In view of the strict obligation of the issuing bank to honour a draft that is accompanied by apparently conforming documents, the fact that the decision as to whether or not to pay must as a general rule be made fairly promptly, and the difficulty in

fraude devrait être restreinte à la fraude du bénéficiaire d'un crédit et ne devrait pas viser la fraude d'un tiers dont le bénéficiaire est innocent. Cela me paraît être une limite raisonnable en principe à la portée de l'exception de fraude. Je souscris également à l'opinion selon laquelle l'exception de fraude ne devrait pas être opposable au détenteur régulier d'une traite tirée sur une lettre de crédit. Bien que l'on puisse certainement défendre l'opinion contraire, qui est exprimée dans A. G. Davis, *The Law Relating to Commercial Letters of Credit* (2nd ed. 1954), aux pp. 165 et 166, et dans E. P. Ellinger «Fraud in Documentary Credit Transactions», *op. cit.*, aux pp. 262 à 264, je crois qu'il est préférable dans l'intérêt de l'uniformité qui est si importante dans ce domaine du droit, que nous suivions la règle affirmée dans l'arrêt *Sztejn*, après examen de l'opinion contraire, adoptée par § 5-114(2) du *Uniform Commercial Code* et apparemment acceptée par la jurisprudence anglaise.

En ce qui a trait à la question que soulève le présent pourvoi, je suis d'avis d'établir une distinction entre ce qui doit être démontré dans une demande en vue d'obtenir une injonction interlocutoire pour empêcher le paiement aux termes d'une lettre de crédit sur le fondement de la fraude du bénéficiaire du crédit, et ce qui doit être démontré, dans une affaire comme l'espèce, pour établir qu'une traite a été incorrectement payée par la banque émettrice après qu'elle a été mise au courant de la fraude alléguée du bénéficiaire. Une solide preuve *prima facie* de fraude semble constituer un critère satisfaisant dans ce cadre d'une demande d'injonction interlocutoire. Toutefois lorsqu'aucune demande de la sorte n'est présentée et que la banque émettrice a dû exercer son propre jugement pour savoir si elle devait honorer une traite, le critère à mon avis devrait être celui énoncé dans *Edward Owen Engineering*—savoir si la fraude a été établie à la connaissance de la banque émettrice avant le paiement de la traite de manière à rendre l'acte frauduleux clair et évident aux yeux de la banque. À mon avis, cette distinction se justifie par la situation difficile de la banque émettrice, en ce qui concerne la fraude, par comparaison avec celle d'un tribunal saisi d'une demande d'injonction interlocutoire. Compte tenu de l'obligation stricte de la banque émettrice

many cases of forming an opinion, on which one would hazard a lawsuit, as to whether there has been fraud by the beneficiary of the credit, it would in my view be unfair and unreasonable to require anything less of the customer in the way of demonstration of an alleged fraud.

III

It is necessary, then, to consider whether the alleged fraud in this case, which was the inflation of the prices in invoice 0014 by some \$17 per dozen above those agreed to in the relevant sales contract, was sufficiently established to the knowledge of the Bank before payment of the draft to make it clear or obvious to the Bank. Fraud by the beneficiary of the credit of the kind which comes within the fraud exception was established by the evidence at trial. The sales contract covering the goods shown in invoice 0014 was No. S-69-H dated November 30, 1973 on the letterhead of Evergreen International Enterprises Co. Ltd., a company owned by Mr. Davis. It showed a price of US \$42.59 per dozen for navy, green and brown uniforms and a price of US \$40.94 per dozen for postman blue uniforms. The prices shown in invoice 0014 for these two categories were US \$59.23 and US \$57.55 per dozen respectively. Both Mrs. Stern and Mr. Davis confirmed in their testimony at trial that these prices represented an inflation of the prices agreed to in the relevant sales contract, and Mr. Davis accepted the characterization of what had taken place as a "swindle" by his partner Mr. Elmer Wong for which Protective was responsible. This was fraud of the kind that comes within the fraud exception, whether it be regarded as having made invoice 0014 a false document in so far as its representation of the applicable prices was concerned, or whether it be regarded as fraud in the performance of the underlying sales contract.

In so far as prior knowledge of the fraud by the Bank is concerned, counsel for Whitewear relied

d'honorer une traite qui est accompagnée de documents apparemment conformes, du fait que la décision d'effectuer ou non le paiement doit en règle générale être prise rapidement et de la difficulté dans un grand nombre de cas de se faire une opinion, qui pourrait servir de fondement à une action en justice, quant à savoir s'il y a eu fraude du bénéficiaire du crédit, il serait, à mon avis, injuste et déraisonnable d'exiger moins du client en matière de preuve d'une fraude alléguée.

III

Il est alors nécessaire d'examiner si la fraude alléguée en l'espèce, soit l'augmentation des prix sur la facture 0014 de quelque 17 \$ la douzaine en sus des prix convenus dans le contrat de vente pertinent, a suffisamment été établie à la connaissance de la Banque avant le paiement de la traite pour qu'elle soit claire ou évidente à ses yeux. L'acte frauduleux du bénéficiaire du crédit, qui s'inscrit dans l'exception de fraude, a été établi par des éléments de preuve en première instance. Le contrat de vente visant les marchandises indiquées dans la facture 0014 portait le n° S-69-H en date du 30 novembre 1973 sur l'entête de Evergreen International Enterprises Co. Ltd., une société qui est la propriété de M. Davis. Il indiquait un prix de 42,59 \$ US la douzaine pour les uniformes bleu marine, vert et brun et un prix de 40,94 \$ US la douzaine pour les uniformes «bleu facteur». Les prix indiqués sur la facture 0014 pour ces deux catégories étaient de 59,23 \$ US et de 57,55 \$ US la douzaine respectivement. Madame Stern et M. Davis ont confirmé dans leur témoignage en première instance que ces prix représentaient une augmentation des prix convenus dans le contrat de vente pertinent et M. Davis a accepté que l'on qualifie ce qui avait eu lieu d'«escroquerie» de son partenaire M. Elmer Wong, dont Protective était responsable. Il s'agit d'un acte frauduleux du genre qui s'inscrit dans l'exception de fraude, qu'il soit considéré comme ayant fait de la facture 0014 un document contrefait dans la mesure où il s'agissait de la présentation des prix applicables ou qu'il soit considéré comme un acte frauduleux dans l'exécution du contrat de vente sous-jacent.

En ce qui concerne la connaissance préalable de la fraude par la Banque, l'avocat de Whitewear

particularly on the words, "The fact that Defendant informed Plaintiff bank before the latter reimbursed Shanghai Commercial Bank that the price of the merchandise had been inflated by \$19,044.57" in the following passages of the judgment of Nolan J. (as he then was) as constituting a finding of fact on this issue:

Turning next to invoice 0014 dated July 27, 1973 [*sic*] and the reasons advanced by Defendant in support of its contention that this invoice should not have been paid (listed on page 13 above), the Court wishes first to emphasize that when Shanghai Commercial Bank paid the invoice Plaintiff bank had no knowledge of the fraudulent nature of the earlier invoice SS-3.

The fact that the Defendant informed Plaintiff bank before the latter reimbursed Shanghai Commercial Bank that the price of the merchandise had been inflated by \$19,044.57 is of no consequence in the Court's opinion. The important fact is that the draft had been paid by the Shanghai Commercial Bank on the strength of L.C. 1/50021.

Because of the context in which the words relied on by counsel for Whitewear were used and the absence of any reference by Nolan J. to the evidence on this issue, which, as I shall indicate, is far from clear or conclusive, I am unable to conclude that these words could have been intended as a considered finding of fact on the basis of the evidence. In my view, Nolan J. was assuming, for purposes of his disposition of the fraud issue, the truth of Whitewear's allegation that the Bank had been informed of the fraud before payment of the draft by its New York agency. The point being made by Nolan J. was that, assuming this to be the case, the fraud exception could not be raised against Shanghai Commercial because it had paid Protective before the fraud was brought to the knowledge of the Bank.

It is not clear on precisely what basis Nolan J. came to this conclusion, but the words "before the latter reimbursed Shanghai Commercial Bank" and "The important fact is that the draft had been paid by the Shanghai Commercial Bank on the

s'est fondé particulièrement sur les termes [TRANSDUCTION] «Le fait que la défenderesse a informé la Banque demanderesse, avant que cette dernière ne rembourse la Shanghai Commercial Bank, que le prix de la marchandise avait été gonflé de 19 044,57 \$» dans les passages suivants de la décision du juge Nolan (tel était alors son titre) pour dire qu'ils constituaient une conclusion de fait sur cette question:

[TRANSDUCTION] Si l'on examine maintenant la facture 0014 datée du 27 juillet 1973 (*sic*) et les motifs présentés par la défenderesse à l'appui de son argument selon lequel cette facture n'aurait pas dû être payée (énumérés à la p. 13 ci-dessus), la Cour souhaite d'abord souligner que, lorsque la Shanghai Commercial Bank a payé la facture, la Banque demanderesse n'avait pas connaissance de la nature frauduleuse de la facture précédente SS-3.

Le fait que la défenderesse a informé la Banque demanderesse, avant que cette dernière ne rembourse la Shanghai Commercial Bank, que le prix de la marchandise avait été gonflé de 19 044,57 \$ n'a pas d'importance de l'avis de la Cour. Le fait important est que la traite a été payée par la Shanghai Commercial Bank sur la foi de L.C. 1/50021.

En raison du contexte dans lequel les termes invoqués par l'avocat de Whitewear ont été utilisés et de l'absence de tout renvoi par le juge Nolan à la preuve sur cette question, qui, comme je l'indiquerai, est loin d'être claire ou concluante, je ne suis pas en mesure de conclure que ces termes ont pu être conçus comme une conclusion de fait bien pesée, appuyée sur la preuve. À mon avis, le juge Nolan présumait, aux fins de sa conclusion sur la question de la fraude, de la véracité des allégations de Whitewear selon lesquelles la Banque avait été informée de la fraude avant le paiement de la traite par son agence de New York. Ce que soulignait le juge Nolan était que si l'on présume que c'est le cas, l'exception de fraude ne pouvait être opposée à Shanghai Commercial parce qu'elle avait payé Protective avant que la fraude n'ait été portée à la connaissance de la Banque.

On ne voit pas clairement quel fondement précis a permis au juge Nolan de tirer cette conclusion, mais les termes [TRANSDUCTION] «avant que cette dernière ne rembourse la Shanghai Commercial Bank» et «le fait important est que la traite a été

strength of L.C. 1/50021" suggest that he regarded Shanghai Commercial as a paying bank acting as the agent for this purpose of the issuing bank. That was clearly not the case. Shanghai Commercial was a negotiating bank that was not acting as the agent of the issuing bank when it paid Protective and negotiated the draft. In any event, counsel for the Bank did not attempt to support that basis for the disposition of the fraud issue in the Court of Appeal and expressly disclaimed any reliance on it in this Court. He conceded that Shanghai Commercial was in no better position with respect to the fraud exception than Protective.

It might have been argued in this case that Shanghai Commercial, as a negotiating bank, was a holder in due course of the draft against whom the fraud exception could not be raised. There is, however, no evidence in the record on which one could conclude that the burden of showing that Shanghai Commercial was a holder in due course had been discharged, and in any event, as I have indicated, that position was not taken in argument before us.

In the Court of Appeal, Monet J.A., who delivered the unanimous judgment of the Court, expressed his agreement with the following contention of counsel for Whitewear: "It is submitted that in the case at bar, Respondent made payment almost three months *after* receiving due notice of the seller's fraud, and cannot therefore be said to have acted carefully or diligently as provided for in article 7 UCP." Monet J.A. added that the Bank had been put on inquiry and ought to have sought confirmation from its customer before payment of the draft. As I read his reasons for judgment, Monet J.A. based the liability of the Bank essentially on the breach of a duty of care to take steps to inform itself sufficiently as to whether there had been fraud by the beneficiary of the letter of credit rather than on payment after such fraud had been established to the knowledge of the Bank. He would appear to have been of the view, as contended by Whitewear, that the Bank had been put on inquiry with respect to fraud affecting the ship-

payée par la Shanghai Commercial Bank sur la foi de L.C. 1/50021» laissent entendre qu'il a considéré Shanghai Commercial comme une banque payeuse agissant à titre d'agent de la banque émettrice à cette fin. De toute évidence ce n'était pas le cas. Shanghai Commercial était une banque négociatrice qui n'agissait pas comme agent de la banque émettrice lorsqu'elle a payé Protective et a négocié la traite. De toute façon, l'avocat de la Banque n'a pas tenté d'invoquer ce fondement pour faire trancher la question de la fraude en Cour d'appel et a expressément précisé qu'il ne se fondait pas sur ce point devant cette Cour. Il a admis que Shanghai Commercial n'était pas dans une meilleure situation que Protective à l'égard de l'exception de fraude.

On aurait pu soutenir en l'espèce que Shanghai Commercial, à titre de banque négociatrice, était un détenteur régulier de la traite contre qui l'exception de fraude ne pouvait être soulevée. Toutefois, aucun élément de preuve au dossier ne permet de conclure qu'on s'est acquitté de la charge de prouver que Shanghai Commercial était un détenteur régulier et, de toute façon, comme je l'ai indiqué, cette position n'a pas été adoptée dans les arguments qui nous ont été présentés.

En appel, le juge Monet qui a rendu le jugement unanime de la cour, a exprimé son accord avec l'argument suivant de l'avocat de Whitewear: [TRADUCTION] «On soutient qu'en l'espèce, l'intimée a effectué le paiement presque trois mois après avoir été dûment avisée de la fraude du vendeur et on ne peut donc dire qu'elle a agi avec un soin raisonnable comme le prévoit l'article 7 R.U.U.» Le juge Monet a ajouté que la méfiance de la Banque avait été éveillée et que celle-ci aurait dû demander confirmation à son client avant de payer la traite. Selon mon interprétation de ses motifs de jugement, le juge Monet a fondé la responsabilité de la Banque essentiellement sur le manquement à une obligation de prendre les mesures nécessaires pour se renseigner suffisamment quant à savoir s'il y avait eu fraude du bénéficiaire de la lettre de crédit plutôt que sur le paiement après qu'une telle fraude eut été établie à la connaissance de la Banque. Il semble avoir été d'avis, comme l'a soutenu Whitewear, que la

ment covered by invoice 0014 by the fraud that had been established with respect to the earlier shipment covered by invoice SS/3. With great respect, I do not think that the circumstances of this case gave rise to a duty on the part of the Bank to investigate whether there had been fraud with respect to the prices indicated in invoice 0014. Even if it be assumed, as is apparently conceded by counsel for the Bank in his factum, that the Bank was informed of the alleged fraud with respect to the quality or prices of the goods covered by invoice SS/3, as well as the forgery of the signature on the inspection certificate accompanying that invoice, the Bank would have had no reason to assume that it had not been fully informed by Whitewear of the alleged grounds for refusing payment of the draft covering invoice 0014 because Whitewear had had ample opportunity before payment of the draft so to inform the Bank and had taken steps to do so. There was no reason, in so far as knowledge of the alleged grounds for refusing payment were concerned, why the Bank should make further inquiry of Whitewear before deciding to pay the draft. Whitewear's understanding, according to the evidence of Mrs. Stern, that the Bank would advise it of what it intended to do may explain why Whitewear did not apply for an injunction to restrain the Bank from paying the draft, but it has no bearing on the issue whether or not the Bank was obliged to pay the draft in view of the fraud exception. It is important to bear in mind that an issuing bank does not, as a general rule, have a duty to satisfy itself by independent inquiry that there has not been fraud by the beneficiary of a credit when it is presented with documents that appear on their face to be regular. It is only when fraud appears on the face of the documents or when fraud has been brought to its attention by its customer or some other interested party that it must decide whether fraud has been so established as to require it to refuse payment.

méfiance de la Banque avait été éveillée relativement à la fraude touchant l'envoi visé par la facture 0014 en raison de la fraude qui avait été établie relativement à l'envoi antérieur visé par la facture SS/3. Avec beaucoup d'égards, je ne crois pas que les circonstances de l'espèce aient fait naître une obligation de la part de la Banque d'enquêter pour savoir s'il y avait eu fraude en ce qui a trait aux prix indiqués sur la facture 0014. Même si l'on peut présumer, comme l'avocat de la Banque l'a apparemment admis dans son mémoire, que la Banque était au courant de la fraude alléguée relativement à la qualité ou aux prix des marchandises visées par la facture SS/3, de même que de la contrefaçon de la signature sur le certificat d'inspection accompagnant cette facture, la Banque n'aurait eu aucun motif de présumer qu'elle n'avait pas été entièrement mise au courant par Whitewear des motifs allégués pour refuser le paiement de la traite visée par la facture 0014 parce que Whitewear avait eu amplement la possibilité, avant le paiement de la traite, d'informer la Banque et avait pris des mesures pour le faire. Il n'y avait aucune raison, en ce qui concerne la connaissance des motifs allégués pour refuser le paiement, pour laquelle la Banque aurait dû mener une enquête approfondie à l'égard de Whitewear avant de décider de payer la traite. L'interprétation de Whitewear, selon le témoignage de M^{me} Stern, que la Banque l'aviserait de ce qu'elle avait l'intention de faire, peut expliquer pourquoi Whitewear n'a pas demandé d'injonction pour empêcher la Banque de payer la traite, mais cela n'a aucun rapport avec la question de savoir si la Banque était obligée de payer la traite compte tenu de l'exception de fraude. Il est important de se rappeler qu'une banque émettrice n'a pas, en règle générale, l'obligation de se convaincre elle-même par une enquête indépendante qu'il n'y a pas eu de fraude de la part du bénéficiaire d'un crédit lorsqu'il est présenté avec des documents qui présentent l'apparence de conformité. C'est seulement lorsque la fraude est apparente dans les documents ou lorsque la fraude a été portée à son attention par son client ou par un tiers intéressé que la banque doit décider si la fraude a été suffisamment établie pour qu'elle refuse le paiement.

In view of the basis on which the trial judge and the Court of Appeal disposed of the fraud issue, it is necessary for this Court to review the evidence in the light of the applicable test. In my opinion the evidence does not support a finding that the alleged fraud with respect to the prices in invoice 0014 was sufficiently established to the knowledge of the Bank before payment of the draft. It is necessary on this issue to distinguish between the evidence with respect to invoice SS/3 and the evidence with respect to invoice 0014. The evidence is in my opinion far from clear as to whether Mrs. Stern informed Mrs. Pichette of the alleged fraud with respect to the prices or quality of the goods covered by invoice SS/3 as well as the forgery of the signature on the inspection certificate accompanying that invoice. Mrs. Stern did not make this explicit in her testimony. Mrs. Pichette testified that Mrs. Stern informed her of the forgery of the signature on the inspection certificate. The cable of August 2, 1974 from the Bank to Shanghai Commercial with reference to invoice SS/3 contained the words "shipment fraudulent signature forged on certificate of inspection". The finding of the trial judge on this point was expressed as follows: "When Mrs. Stern of Whitewear Mfg. received the documents on August 2 and saw the amount of the debit note which was considerably higher than any previous drawing she became alarmed and immediately got in touch with Mr. Davis who happened to be back in Canada at that time. After inspecting the documents Mr. Davis informed Mrs. Stern that his signature on the inspection certificate was a forgery. Mrs. Stern immediately called the bank to inform them of this." Counsel for the Bank, however, appears to have conceded in his factum that Whitewear had informed the Bank of the alleged fraud with respect to the prices or quality of the goods covered by invoice SS/3. As he put it, Mrs. Stern informed Mrs. Pichette "that a fraud allegedly had been committed with respect to Protective invoice number SS/3 in that the value of the goods was inflated and that the inspection certificate required under the documentary letter of credit agreement to be signed by Jack Davis was a forgery." But, for the reasons I have indicated, such knowledge with respect to invoice SS/3 can

Compte tenu du fondement sur lequel le juge de première instance et la Cour d'appel ont tranché la question de la fraude, il est nécessaire que cette Cour examine les éléments de preuve dans le contexte du critère applicable. À mon avis, la preuve n'appuie pas la conclusion que la fraude alléguée relativement aux prix inscrits sur la facture 0014 était suffisamment établie à la connaissance de la Banque avant le paiement de la traite. Il est nécessaire relativement à cette question d'établir une distinction entre les éléments de preuve relatifs à la facture SS/3 et les éléments de preuve relatifs à la facture 0014. À mon avis, la preuve est loin d'être évidente quant à savoir si M^{me} Stern a informé M^{me} Pichette de la fraude alléguée relativement aux prix ou à la qualité des marchandises visées par la facture SS/3 de même que de la contrefaçon de la signature sur le certificat d'inspection qui accompagnait cette facture. Madame Stern ne l'a pas expliqué dans son témoignage. Madame Pichette a déposé que M^{me} Stern l'avait informée de la contrefaçon de la signature sur le certificat d'inspection. Le télégramme que la Banque a adressé le 2 août 1974 à Shanghai Commercial relativement à la facture SS/3 contenait les termes «envoi frauduleux signature contrefaite sur certificat d'inspection». Le juge de première instance a exprimé sa conclusion sur ce point de la manière suivante: [TRADUCTION] «Lorsque M^{me} Stern de Whitewear Mfg. a reçu les documents le 2 août et a vu que le montant de la note de débit était considérablement plus élevé que tout autre retrait antérieur, elle s'est inquiétée et est immédiatement entrée en rapport avec M. Davis qui venait de rentrer au pays à ce moment-là. Après avoir examiné les documents, M. Davis a informé M^{me} Stern que sa signature sur le certificat d'inspection avait été contrefaite. M^{me} Stern a immédiatement appelé la Banque pour la mettre au courant.» Toutefois, l'avocat de la Banque paraît avoir admis dans son mémoire que Whitewear avait informé la Banque de la fraude alléguée relativement aux prix ou à la qualité des marchandises visées par la facture SS/3. Comme l'avocat l'a indiqué, M^{me} Stern a informé M^{me} Pichette [TRADUCTION] «qu'une fraude aurait été commise à l'égard de la facture numéro SS/3 de Protective parce que la valeur des marchandises avait été

have no bearing on the question whether the Bank had knowledge of the alleged fraud with respect to invoice 0014. Whitewear had ample opportunity to inform the Bank of the alleged irregularities of which it complained with respect to invoice 0014 and it took steps to do so. There was no reason for the Bank to make any inquiry or to act on any assumptions concerning the shipment covered by invoice 0014 by reason of what it had been informed concerning the shipment covered by invoice SS/3. It was entitled to assume that it had been informed of all the alleged irregularities with respect to invoice 0014.

On the question of the Bank's knowledge of the fraudulent inflation of the prices in invoice 0014 counsel for Whitewear relied particularly on the following exchange in the course of Mrs. Stern's evidence with reference to the prices in invoice 0014 and the "discrepancies" in invoices 0012, 0013 and 0014:

A. Please note that the price charged there was fifty-nine, twenty-three (59.23) as opposed to forty-two fifty-nine (42.59) and the postman blue, charged at fifty-seven, fifty-five (57.55) as opposed to forty ninety-four (40.94).

Q. Now, did you have occasion to study these documents 0012, 0013 and 0014 when they were brought to your attention?

A. Yes, at great length and found discrepancies in all these three draws. Discrepancies in documentation.

Q. And did you bring these discrepancies to the attention of the Plaintiff bank?

A. Yes, I did.

It is not clear in my opinion that, in her use of the words "discrepancies in documentation" in the above extract from her testimony, Mrs. Stern was referring to the inflation of the prices in invoice

gonflée et que le certificat d'inspection qui devait être signé par Jack Davis aux termes de l'entente relative à la lettre de crédit documentaire avait été contrefait.» Toutefois, pour les motifs que j'ai indiqués, une telle connaissance en ce qui a trait à la facture SS/3 ne peut avoir d'importance relativement à la question de savoir si la Banque connaissait la fraude alléguée relativement à la facture 0014. Whitewear a eu largement l'occasion d'informer la Banque des irrégularités alléguées dont elle s'est plainte relativement à la facture 0014 et elle a pris les mesures pour le faire. Il n'y avait aucune raison que la Banque mène une enquête ou agisse en se fondant sur des présomptions concernant l'expédition visée par la facture 0014 en raison des renseignements qu'elle avait obtenus concernant l'expédition visée par la facture SS/3. Elle était fondée de présumer qu'elle avait été mise au courant de toutes les irrégularités alléguées relativement à la facture 0014.

En ce qui concerne la question de la connaissance qu'avait la Banque de l'augmentation frauduleuse des prix sur la facture 0014, l'avocat de Whitewear s'est particulièrement fondé sur l'échange suivant au cours du témoignage de M^{me} Stern portant sur le prix de la facture 0014 et des «contradictions» dans les factures 0012, 0013 et 0014:

[TRADUCTION]

R. Veuillez remarquer que le prix indiqué était de cinquante-neuf et vingt-trois (59,23) par opposition à quarante-deux et cinquante-neuf (42,59) et la couleur «bleu facteur» indiquée à cinquante-sept et cinquante-cinq (57,55) par opposition à quarante et quatre-vingt-quatorze (40,94).

Q. Bon, avez-vous eu l'occasion d'examiner ces documents 0012, 0013 et 0014 lorsqu'ils ont été portés à votre attention?

R. Oui, en détail et j'ai trouvé des contradictions dans ces trois retraits. Des différences dans la documentation.

Q. Et avez-vous fait part de ces contradictions à la Banque de la demanderesse?

R. Oui je l'ai fait.

À mon avis il n'est pas évident que, dans son utilisation des termes [TRADUCTION] «différences dans la documentation» que l'on trouve dans l'extrait ci-dessus de son témoignage, M^{me} Stern ren-

0014 as well as the discrepancies appearing on the face of the documents, which, it was contended, constituted documentary non-compliance with the terms and conditions of the letter of credit. Her other testimony with reference to the "discrepancies" strongly suggests that she was referring only to the latter. When asked by the trial judge what discrepancies with respect to invoice 0014 she brought to the attention of the Bank she said that the only ones were the reference in the inspection certificate to the Shanghai Commercial letter of credit D-72519 and the difference in the quantities shown in the invoice and the inspection certificate. The New York agency of the Bank in a telex of August 9, 1974 to Shanghai Commercial acknowledged that the Bank had been informed by Whitewear of the prepaid freight discrepancy.

The letter of August 8, 1974 from the solicitors of Whitewear to the Bank, to which reference has been made above, made no mention of the alleged inflation of the prices in invoice 0014. The reasons given to justify a refusal to pay the draft covering that invoice were stated as follows:

The Inspection Certificate accompanying the same again bears the forged signature of Mr. Jack Davis and refers to another Letter of Credit, namely L-C No. D72519. Moreover, the quantity of goods appearing on the accompanying invoice and accompanying Inspection Certificate do not match.

It was later determined that the signature of Mr. Davis on the inspection certificate accompanying invoice 0014 was genuine.

The Bank's cable of August 2, 1974 to Shanghai Commercial referred to the shipment covered by invoice SS/3 and the draft for US \$107,061.60 as "fraudulent", but as appears from a letter of August 10, 1974 from Shanghai Commercial to the New York agency of the Bank, the latter's telex messages of August 8 and 9 to Shanghai Commercial, with reference to the draft for US \$67,480.85 in respect of invoice 0014, referred only to the alleged discrepancies appearing on the face of the documents tendered with the draft, namely, the reference in the inspection certificate to Shanghai Commercial's letter of credit

voyait à l'augmentation des prix sur la facture 0014 de même qu'aux contradictions apparentes dans les documents, qui, a-t-on soutenu, constituait une non-conformité des documents avec les conditions de la lettre de crédit. Son autre témoignage relatif aux «différences» indique nettement qu'elle parlait seulement de ces dernières. Lorsque le juge de première instance lui a demandé quelles différences relatives à la facture 0014 elle avait porté à l'attention de la Banque, elle a dit que c'était seulement le renvoi dans le certificat d'inspection à la lettre de crédit D-72519 de Shanghai Commercial et la différence dans les quantités indiquées sur la facture et dans le certificat d'inspection. Le bureau de New York de la Banque a reconnu dans un télex du 9 août 1974 envoyé à Shanghai Commercial que la Banque avait été informée par Whitewear de la différence relative au fret payé d'avance.

La lettre du 8 août 1974 expédiée à la Banque par les procureurs de Whitewear, déjà citée, ne mentionnait nullement l'augmentation alléguée des prix dans la facture 0014. Les motifs donnés pour justifier le refus de payer la traite relative à cette facture ont été énoncés de la manière suivante:

[TRADUCTION] Le certificat d'inspection l'accompagnant porte encore une fois la signature contrefaite de M. Jack Davis et mentionne une autre lettre de crédit, savoir L-C n° D72519. En outre, les quantités de marchandises indiquées sur la facture d'accompagnement et le certificat d'inspection ne correspondent pas.

On a par la suite déterminé que la signature de M. Davis sur le certificat d'inspection accompagnant la facture 0014 était authentique.

Le télégramme que la Banque a adressé le 2 août 1974 à Shanghai Commercial renvoyait à l'expédition visée par la facture SS/3 et indiquait que la traite de 107 061,60 \$ US était «frauduleuse», mais il ressort d'une lettre du 10 août 1974 de Shanghai Commercial adressée au bureau de la Banque à New York, que les messages par télex de cette dernière envoyés les 8 et 9 août à Shanghai Commercial relativement à la traite de 67 480,85 \$ US à l'égard de la facture 0014, ne mentionnaient que les différences alléguées apparentes dans les documents présentés avec la traite, savoir le renvoi dans le certificat d'inspection à la lettre de crédit

D-72519, the discrepancy in the quantities shown in the invoice and the inspection certificate, and the discrepancy with respect to prepaid freight. Each of these discrepancies was addressed by Shanghai Commercial in its letter. There was no reference in the telexes or the letter to the alleged inflation of price in invoice 0014.

The only reference in the contemporary documents to the prices shown in invoice 0014 is to be found in the letter of August 9, 1974 from Mr. Montpellier, manager of the St. Catherine and Peel Streets branch of the Bank, to the New York agency of the Bank. That letter referred to three drafts for which payment was being withheld at the request of Whitewear, including the draft for invoice 0014, and contained the following passages:

4. We also confirm that you have had a conversation with Mr. Jack Davis today, who was in this office, at which time, he informed you that he will be in Hong Kong on Monday with the endeavour of rectifying the above mentioned drawings which you hold for payment.

5. You will note from our customer's lawyer's letter of August 8, 1974, page 2 (a, b, and c) that they claim that the signature of Mr. Jack Davis was a forgery, but Mr. Davis did assure us that it has his signature but that the amount claimed was not correct.

In its reply to this letter on August 14, 1974 the New York agency made no reference to the question of price in invoice 0014 but gave reasons why the Bank was not liable for payment of the earlier draft for US \$107,061.60. Mr. Davis may well have been able to establish the fraud with respect to the prices in invoice 0014 so as to make it clear to the Bank, but it is impossible to conclude from the words "the amount claimed was not correct", in the Bank's letter of August 9, 1974 to its New York agency, that he did in fact do so. It is necessary, of course, to distinguish between a fraudulent increase or inflation of price and a question whether an increase of price was permitted under the agreement between the parties, such as was considered in *Urquhart Lindsay & Co. v. Eastern Bank, Ltd.*, [1922] 1 K.B. 318, and reject-

de D-72519 de Shanghai Commercial, la différence dans les quantités indiquées sur la facture et dans le certificat d'inspection, et la différence relative au fret payé d'avance. Shanghai Commercial examinait chacune de ces différences dans sa lettre. On ne mentionnait nullement dans les télex ou dans la lettre l'augmentation alléguée des prix dans la facture 0014.

La seule mention dans les documents de cette époque des prix indiqués dans la facture 0014 se trouve dans la lettre du 9 août 1974 de M. Montpellier, directeur de la succursale de la Banque, rues Ste-Catherine et Peel, envoyée au bureau de la Banque à New York. Cette lettre mentionnait trois traites dont le paiement était retenu à la demande de Whitewear, y compris la traite relative à la facture 0014, et contenait les passages suivants:

[TRADUCTION] 4. Nous confirmons également que vous avez eu aujourd'hui une conversation avec M. Jack Davis qui se trouvait dans ce bureau, où il vous a informé qu'il se rendrait à Hong Kong lundi pour essayer de corriger les retraits mentionnés ci-dessus que vous avez retenus pour paiement.

5. Vous remarquerez à la page 2 (a, b, et c) de la lettre de l'avocat de notre client du 8 août 1974 qu'ils prétendent que la signature de M. Jack Davis a été contrefaite, mais M. Davis nous assure qu'il s'agit bien de sa signature mais que le montant réclamé n'était pas exact.

Dans sa réponse à cette lettre du 14 août 1974, le bureau de New York n'a nullement mentionné la question du prix sur la facture 0014 mais a donné les motifs pour lesquels la Banque n'était pas tenue de payer la traite précédente de 107 061,60 \$ US. Monsieur Davis peut très bien avoir été en mesure de démontrer la fraude relative au prix dans la facture 0014 de manière à l'établir clairement aux yeux de la Banque, mais il est impossible de conclure d'après les termes «le montant réclamé n'était pas exact», dans la lettre de la Banque du 9 août 1974 adressée à son bureau de New York, que c'est ce qu'il a fait. Il est évidemment nécessaire d'établir une distinction entre une augmentation ou un gonflement frauduleux du prix et la question de savoir si une augmentation de prix était autorisée en vertu de l'entente entre les parties comme cela a été examiné dans l'arrêt *Urquhart Lindsay & Co. v. Eastern Bank, Ltd.*, [1922]

ed as a ground for refusing payment under a letter of credit.

I am accordingly of the view that there is no evidence to support a finding that the alleged fraud in respect of invoice 0014 was brought to the knowledge of the Bank before payment of the draft in respect of that invoice by its New York agency, much less a finding that the fraud was sufficiently established to the knowledge of the Bank before payment so as to be clear or obvious to it, and that for this reason the contention of Whitewear based on the fraud exception to the autonomy of a documentary credit must fail. The judgment of the Court of Appeal allowing Whitewear's appeal cannot, therefore, be supported on the ground of fraud.

IV

It is necessary then to consider the alleged instances of documentary non-compliance with the terms and conditions of the letter of credit. As I have indicated above, they are three: (a) the inspection certificate accompanying invoice 0014 referred to the Shanghai Commercial back-to-back letter of credit D-72519 rather than the Bank's letter of credit No. 1/50021; (b) invoice 0014 showed the quantity of goods sold as 1144-11/12 dozen, whereas the inspection certificate accompanying the invoice showed the quantity as 1149-11/12 dozen; and (c) the bills of lading accompanying invoice 0014 specified delivery, freight prepaid, at Vancouver, whereas the Bank's letter of credit called for sale C.I.F. Montreal. The goods covered by invoice 0014 were in fact delivered to Montreal and accepted under protest by Whitewear, and there was no allegation nor proof that Whitewear was obliged to pay the freight from Vancouver to Montreal.

The documentary requirements under a letter of credit are determined by the terms and conditions of the credit, as supplemented by the *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*, which contain detailed rules respecting the requirements and interpretation of documents to be tendered with a draft.

1 K.B. 318, et rejeté comme motif pour refuser le paiement aux termes d'une lettre de crédit.

Je suis par conséquent d'avis qu'aucun élément de preuve n'appuie la conclusion que la fraude alléguée relativement à la facture 0014 a été portée à la connaissance de la Banque avant le paiement de la traite applicable à cette facture par son bureau de New York et encore moins une conclusion que la fraude a été suffisamment établie à la connaissance de la Banque avant le paiement, de manière qu'elle soit évidente pour celle-ci, et que, pour ce motif, l'argument de Whitewear fondé sur l'exception de fraude opposable à l'autonomie d'un crédit documentaire doit échouer. L'arrêt de la Cour d'appel accueillant l'appel de Whitewear ne peut donc s'appuyer sur le moyen de la fraude.

IV

Il devient donc nécessaire d'examiner les prétendus cas de non-conformité des documents avec les conditions de la lettre de crédit. Comme je l'ai déjà indiqué, il y en a trois: a) le certificat d'inspection accompagnant la facture 0014 mentionnait la lettre de crédit adossée D-72519 de Shanghai Commercial plutôt que la lettre de crédit n° 1/50021 de la Banque; b) la facture 0014 indiquait la quantité de marchandises vendue comme étant 1144-11/12 douzaines, alors que le certificat d'inspection accompagnant la facture indiquait la quantité comme étant 1149-11/12 douzaines; et c) les connaissements accompagnant la facture 0014 précisaient que la livraison serait port payé à Vancouver alors que la lettre de crédit de la banque indiquait la vente C.A.F. Montréal. Les marchandises visées par la facture 0014 ont en fait été livrées à Montréal et acceptées sous protêt par Whitewear et il n'y a eu aucune allégation ni preuve que Whitewear devait payer le transport de Vancouver à Montréal.

Les exigences documentaires en vertu d'une lettre de crédit sont déterminées par les conditions du crédit complétées par les *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* qui contiennent des règles détaillées sur les exigences relatives aux documents à présenter avec une traite et leur interprétation.

The fundamental rule is that the documents must *appear* on their face, upon reasonably careful examination, to be in accordance with the terms and conditions of the letter of credit. This appears from Article 7 of the Uniform Customs (1962) which provides, "Banks must examine all documents with reasonable care to ascertain that they appear on their face to be in accordance with the terms and conditions of the credit", and from the second paragraph of Article 8, which provides, "Payment, acceptance or negotiation against documents which appear on their face to be in accordance with the terms and conditions of a credit by a bank authorised to do so, binds the party giving the authorisation to take up the documents and reimburse the bank which has effected the payment, acceptance or negotiation."

There must be strict compliance with the terms and conditions of the letter of credit. This rule has been laid down in a number of English cases and followed in Canada. In *English, Scottish and Australian Bank Ltd. v. Bank of South Africa* (1922), 13 Ll. L. Rep. 21 (K.B.), Bailhache J. used the words "exact compliance", "strict accord" and "strictly complied with". The case that is most often cited for the rule of strict documentary compliance is *Equitable Trust Co. of New York v. Dawson Partners, Ltd.* (1926), 27 Ll. L. Rep. 49, where, in a frequently quoted passage, Viscount Sumner said in the House of Lords at p. 52:

It is both common ground and common sense that in such a transaction the accepting bank can only claim indemnity if the conditions on which it is authorised to accept are in the matter of the accompanying documents strictly observed. There is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well. Business could not proceed securely on any other lines. The bank's branch abroad, which knows nothing officially of the details of the transaction thus financed, cannot take upon itself to decide what will do well enough and what will not. If it does as it is told, it is safe; if it declines to do anything else, it is safe; if it departs from the conditions laid down, it acts at its own risk.

La règle fondamentale porte que, après un examen raisonnablement attentif, les documents doivent présenter une *apparence* de conformité avec les conditions de la lettre de crédit. Cette règle découle de l'Article 7 des Règles Uniformes de 1962 qui prévoit: «Les banques doivent examiner tous les documents avec un soin raisonnable pour s'assurer qu'ils présentent l'apparence de conformité avec les conditions du crédit», et du deuxième paragraphe de l'Article 8 qui prévoit: «Le paiement, l'acceptation ou la négociation contre documents qui paraissent conformes aux conditions d'un crédit, par une banque autorisée à faire cette opération, oblige la partie qui donne cette autorisation à lever les documents et à rembourser la banque qui a effectué le paiement, l'acceptation ou la négociation.»

Les conditions de la lettre de crédit doivent être strictement respectées. Cette règle a été énoncée dans un certain nombre de décisions anglaises et suivie au Canada. Dans l'arrêt *English, Scottish and Australian Bank Ltd. v. Bank of South Africa* (1922), 13 Ll. L. Rep. 21 (K.B.), le juge Bailhache a employé les termes [TRADUCTION] «respect exact», «accord strict» et [TRADUCTION] «strictement respecté». La décision qui est la plus souvent citée à l'appui de la règle de la stricte conformité des documents est l'affaire *Equitable Trust Co. of New York v. Dawson Partners, Ltd.* (1926), 27 Ll. L. Rep. 49, où, dans un passage souvent cité, le vicomte Sumner a dit devant la Chambre des lords à la p. 52:

[TRADUCTION] Il est à la fois bien établi et normal que dans une telle opération la banque qui accepte le paiement puisse seulement réclamer une indemnisation si les conditions en vertu desquelles elle est autorisée à accepter sont strictement respectées dans le cas des documents d'accompagnement. Il n'y a pas de place pour des documents qui sont presque identiques, ou qui auront le même effet. Les affaires ne peuvent pas être effectuées en toute sécurité d'une autre manière. La succursale de la banque à l'étranger, qui n'est pas officiellement au courant des détails de l'opération ainsi financée, ne peut décider elle-même ce qui fera suffisamment l'affaire et ce qui ne le fera pas. Si elle agit selon les instructions, il n'y a pas de risque; si elle refuse d'agir autrement, il n'y a pas de risque; si elle s'écarte des conditions établies, elle agit à ses propres risques.

That statement was referred to by Lord Diplock in the Privy Council in *Gian Singh & Co. v. Banque de l'Indochine*, [1974] 2 All E.R. 754 at p. 759, as one that "has never been questioned or improved on." The case of *J. H. Rayner & Co. v. Hambro's Bank, Ltd.*, [1943] K.B. 37 (C.A.), in which it was held that a bill of lading referring to "machine-shelled groundnut kernels" did not satisfy the requirement of one specifying "Coromandel groundnuts", is an often cited example of the application of the rule of strict documentary compliance, particularly because of its holding that in determining whether tendered documents appear on their face to be in accordance with the terms and conditions of a letter of credit an issuing or confirming bank cannot be assumed to have knowledge of the meaning given to particular terms or expressions in a particular trade. In Canada the rule of strict documentary compliance was expressly affirmed in *Davis O'Brien Lumber Co. v. Bank of Montreal*, [1951] 3 D.L.R. 536, where the Appeal Division of the New Brunswick Supreme Court unanimously upheld the judgment of Bridges J., who said at p. 550: "There is no question but that a party shipping goods under a letter of credit must strictly comply with its terms. See *English, Scottish & Australian Bk. v. Bk. of South Africa* (1922), 13 Ll. L.R. 21; *Equitable Trust Co. of N.Y. v. Dawson Partners Ltd.* (1926), 27 Ll. L.R. 49 and *Rayner & Co. v. Hambros Bk. Ltd.*, [1942] 2 All E.R. 694."

The American courts appear on the whole to have adopted the rule of strict documentary compliance, often citing *Equitable Trust* (see H. Harfield, *Bank Credits and Acceptances*, op. cit., p. 73; *Letters of Credit*, op. cit., p. 36), but in several cases they have applied a rule of substantial compliance. See, for example, *Bank of America Nat. Trust & Savings Ass'n v. Liberty Nat. Bank & Trust Co. of Oklahoma City*, 116 F. Supp. 233 (W.D. Okl. 1953), where it was said at p. 243: "As mentioned previously, where a letter of credit is substantially complied with every reasonable effort should be made by the Courts to uphold its validity, particularly where the objections are technical

Ce passage a été mentionné par lord Diplock du Conseil privé dans *Gian Singh & Co. v. Banque de l'Indochine*, [1974] 2 All E.R. 754 à la p. 759, comme étant celui qui [TRADUCTION] «n'a jamais été remis en question ni amélioré». Dans l'arrêt *J. H. Rayner & Co. v. Hambro's Bank, Ltd.*, [1943] K.B. 37 (C.A.), on a jugé qu'un connaissance mentionnant [TRADUCTION] «les arachides écossées à la machine» ne satisfaisait pas l'exigence précisant les [TRADUCTION] «arachides Coromandel» constitue un exemple souvent cité de l'application de la règle de la stricte conformité des documents, particulièrement parce qu'il détermine que, lorsque des documents qui sont présentés ont une apparence de conformité avec les conditions d'une lettre de crédit, une banque émettrice ou celle qui confirme ne peut être présumée avoir été mise au courant de la signification donnée à des expressions ou des termes propres à un commerce particulier. Au Canada, la règle en question a été expressément confirmée dans l'affaire *Davis O'Brien Lumber Co. v. Bank of Montreal*, [1951] 3 D.L.R. 536, où la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick a confirmé à l'unanimité le jugement du juge Bridges qui a dit à la p. 550: [TRADUCTION] «Il est certain qu'une partie qui envoie des marchandises en vertu d'une lettre de crédit doit respecter strictement ses conditions. Voir *English, Scottish & Australian Bk. v. Bk. of South Africa* (1922), 13 Ll. L.R. 21; *Equitable Trust Co. of N.Y. v. Dawson Partners Ltd.* (1926), 27 Ll. L.R. 49 et *Rayner & Co. v. Hambros Bk. Ltd.*, [1942] 2 All E.R. 694.»

Les tribunaux américains paraissent dans l'ensemble avoir adopté la règle de la stricte conformité des documents et citent souvent l'affaire *Equitable Trust* (voir H. Harfield, *Bank Credits and Acceptances*, op. cit., p. 73; *Letters of Credit*, op. cit., à la p. 36), mais dans plusieurs affaires, ils ont appliqué la règle de la conformité en substance. Voir, par exemple, *Bank of America Nat. Trust & Savings Ass'n v. Liberty Nat. Bank & Trust Co. of Oklahoma City*, 116 F. Supp. 233 (W.D. Okl. 1953), où on a dit à la p. 243: [TRADUCTION] «Comme il a été mentionné précédemment, lorsqu'une lettre de crédit est respectée en substance, les tribunaux devraient faire tous les

in nature and made only in an effort to escape from the legal effect of a business bargain.”

While the English and Canadian courts have not adopted a rule of substantial documentary compliance there has apparently been recognition that there must be some latitude for minor variations or discrepancies that are not sufficiently material to justify a refusal of payment. The rule of strict documentary compliance, as laid down in *Equitable Trust*, was held by McNair J. in *Moralice (London), Ltd. v. E. D. & F. Man.*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 526 (Q.B.), and *Soproma S.p.A. v. Marine & Animal By-Products Corp.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 367 (Q.B.), to involve the proposition that the *de minimis non curat lex* rule does not apply to documentary credit transactions. (Compare *Margaronis Navigation Agency Ltd. v. Henry W. Peabody & Co. of London Ltd.*, [1965] 2 Q.B. 430 (C.A.), at p. 444, where, in a case not involving a letter of credit transaction in which the question was whether the *de minimis* rule could be invoked by a claimant or only in defence, Sellers L.J. said: “I think it is a rule of general application. It matters not whether it be a claim or a defence. It matters not the nature of the transaction.”) In *Moralice*, the letter of credit required that the bill of lading and invoice show a shipment of 500 metric tons, but the documents tendered were for a shipment of 300 kilos less. In *Soproma*, there was a discrepancy of 0.5° F between the temperature called for by the letter of credit and the temperature stated in the bill of lading. McNair J. said that the discrepancy fell, strictly speaking, within the principle affirmed in *Moralice*, although he would have been reluctant to dispose of the case on that basis alone. *Moralice* and *Soproma* are cited in support of the following passage in *Chitty on Contracts* (25th ed. 1983), vol. II, p. 324, affirming the scope of the principle of strict documentary compliance:

efforts raisonnables pour maintenir sa validité, particulièrement lorsque les oppositions sont de nature formaliste et sont présentées seulement dans le but d'échapper aux conséquences juridiques d'une opération commerciale intéressante.»

Bien que les tribunaux anglais et canadiens n'aient pas adopté de règle relative à la conformité des documents en substance, on a apparemment reconnu qu'il doit y avoir une certaine latitude à l'égard des variations ou des différences mineures qui ne sont pas suffisamment importantes pour justifier le refus de paiement. Quant à la règle de la stricte conformité des documents, selon sa formulation dans l'affaire *Equitable Trust*, le juge McNair dans *Moralice (London), Ltd. v. E. D. & F. Man.*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 526 (Q.B.), et *Soproma S.p.A. v. Marine & Animal By-Products Corp.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 367 (Q.B.), a conclu qu'elle comportait la proposition selon laquelle la règle de *de minimis non curat lex* ne s'applique pas aux opérations en matière de crédit documentaire. (Comparer avec l'affaire *Margaronis Navigation Agency Ltd. v. Henry W. Peabody & Co. of London Ltd.*, [1965] 2 Q.B. 430 (C.A.), à la p. 444, dans laquelle il n'y avait pas d'opération en matière de crédit documentaire mais où la question était de savoir si un requérant pouvait invoquer la règle de *de minimis* ou si seul un défendeur le pouvait, le lord juge Sellers a dit [TRADUCTION] «Je crois que c'est une règle d'application générale. Peu importe qu'il s'agisse d'une réclamation ou d'une défense. Peu importe la nature de l'opération.») Dans l'affaire *Moralice*, la lettre de crédit exigeait que le connaissement et la facture indiquent une expédition de 500 tonnes métriques, mais les documents présentés indiquaient un envoi de 300 kilos de moins. Dans l'affaire *Soproma*, il y avait une différence de 0,5° F entre la température indiquée dans la lettre de crédit et la température indiquée dans le connaissement. Selon le juge McNair, la différence s'inscrivait, à proprement parler, dans le cadre du principe confirmé dans l'affaire *Moralice*, bien qu'il ait été réticent à la régler sur ce fondement seulement. Les arrêts *Moralice* et *Soproma* sont cités à l'appui du passage suivant dans *Chitty on Contracts* (25th ed. 1983), vol. II, p. 324, qui confirme la portée du principe de la stricte conformité des documents.

If a tender of documents does not strictly comply with the requirements of the commercial credit, the banker is entitled to reject it. It does not matter whether the discrepancy is significant or minute. The rule *de minimis non curat lex* does not apply in commercial credit transactions. Moreover, the person to whom the documents are tendered is entitled to raise any lawful objections against the documents, even if in fact his objection is purely technical and the true motive for his rejection of the documents is to be found in a falling market. The fact that he does not, at the time of the rejection of the documents, raise all the defences available to him does not preclude him from setting up all of them at the trial.

In *Gian Singh, supra*, however, there appears to be recognition, in the following passage of the judgment of Lord Diplock at p. 759, that the rule of strict documentary compliance does not extend to minor variations or discrepancies that are not sufficiently material to justify a refusal of payment:

Before their Lordships leave was sought to rely also on minor variances between the wording of the description in the credit of the certificate required and the wording of the certificate actually presented; such as the insertion in the latter of the words 'Built in wood' as descriptive of the vessel, and the use of the singular 'the specification' instead of the plural "specifications" which appears in the credit itself. In their Lordships' opinion it is too late for the customer to take these new points for the first time now. The relevance of minor variations such as these depends on whether they are sufficiently material to disentitle the issuing bank from saying that in accepting the certificate it did as it was told. Their Lordships would not think it proper to decide issues of this kind without having the benefit of the opinion of the local courts on the significance, if any, which would be attached by those who transact business in Singapore to particular minor variations in the precise words used in their transactions.

The rather limited scope of this qualification of the rule of strict documentary compliance is suggested not only by the variations which Lord Diplock referred to as minor but by the statements of authors who have noted the qualification. L. Sarna, *op. cit.*, p. 77 states: "Minor variations between the credit requirements and the documents tendered may relate to the use of words in

[TRADUCTION] Si les documents présentés ne respectent pas strictement les exigences du crédit commercial, le banquier a le droit de les rejeter. Il n'est pas important que la différence soit grande ou minime. La règle *de minimis non curat lex* ne s'applique pas aux opérations en matière de crédit commercial. De plus, la personne à laquelle les documents sont présentés a le droit de soulever toute opposition légitime contre les documents, même si en fait son opposition est purement formelle et que l'existence d'un marché déclinant constitue le véritable motif de son rejet des documents. Même si, au moment du rejet des documents, il ne fait pas valoir tous les moyens de défense dont il dispose, cela ne l'empêche pas de tous les présenter au procès.

Dans l'affaire *Gian Singh*, précitée, toutefois, on paraît avoir reconnu, dans le passage suivant du jugement de lord Diplock à la p. 759, que la règle de la stricte conformité des documents ne s'applique pas aux variations ni aux différences mineures qui ne sont pas suffisamment importantes pour justifier le refus de paiement:

[TRADUCTION] On a demandé à leurs Seigneuries la permission de se fonder également sur les différences mineures qui existent entre le texte de la description du certificat exigé donnée dans le crédit et le texte du certificat réellement présenté, comme l'insertion dans ce dernier des termes «fabriqué en bois» pour décrire le navire et l'utilisation du singulier «la spécification» au lieu du pluriel «les spécifications» qui paraissent dans le crédit lui-même. Selon leurs Seigneuries, il est trop tard pour que le client présente ces nouveaux points maintenant pour la première fois. La pertinence de variations mineures comme celles-ci dépend de la question de savoir si elles sont suffisamment importantes pour faire perdre à la banque émettrice le pouvoir de dire qu'en acceptant le certificat, elle a fait comme on lui a indiqué de faire. Leurs Seigneuries ne croient pas approprié de trancher des questions de ce genre sans avoir l'avantage d'examiner l'opinion des tribunaux locaux sur l'importance, le cas échéant, que ceux qui font affaire à Singapour attachent à des variations mineures apportées aux termes précis utilisés dans leurs opérations.

La portée plutôt limitée de ce tempérament apporté à la règle de la stricte conformité des documents découle non seulement des variations qualifiées par lord Diplock de mineures mais aussi des commentaires de certains auteurs à cet égard. L. Sarna, *op. cit.*, à la p. 77 dit: [TRADUCTION] «Les variations mineures entre les exigences du crédit et les documents présentés peuvent se rap-

the singular rather than the plural, superfluous adjectives descriptive of the goods, and numbers in sets rather than in totals.” H. C. Gutteridge and M. Megrah, *op. cit.*, p. 120, refer to the qualification in these terms: “The strict compliance to which Lord Sumner drew attention in *Equitable Trust Co. New York v. Dawson Partners* does not extend to the dotting of i’s and the crossing of t’s or to obvious typographical errors either in the credit or the documents.”

The rule of documentary compliance requires not only that the tendered documents conform to the terms and conditions of the letter of credit but that they appear on their face to be consistent with one another. The requirement of documentary consistency was referred to in *Midland Bank, Ltd. v. Seymour*, [1955] 2 Lloyd’s Rep. 147 (Q.B.), where the issue was whether the bill of lading had to contain as full a description of the goods as the invoice in order that there be documentary conformity with the description specified in the letter of credit. The court held that it was a sufficient compliance with the letter of credit if the documents as a whole contained the required description, but in the course of his statement of the general principle Devlin J. referred to the necessity of documentary consistency as follows at p. 153: “The set of documents must contain all the particulars, and, of course, they must be consistent between themselves, otherwise they would not be a good set of shipping documents. But here you have a set of documents which not only is consistent with itself, but also incorporates to some extent the particulars that are given in the other—the shipping mark on the bill of lading leading to the invoice which bears the same shipping mark and which would be tendered at the same time, which sets out the full description of the goods.” He indicated further what he understood to be the important aspect of the requirement of documentary consistency at p. 151, where he said: “All the documents are consistent with one another in the sense that they make up a set which is apparently referring to the same parcel of goods.” The rule of documentary consistency was expressly provided for in the 1974 revision of the *Uniform Customs*

porter à l’emploi de termes au singulier plutôt qu’au pluriel, d’adjectifs superflus qui décrivent la marchandise, et d’une énumération de chiffres plutôt que des totaux.» H. C. Gutteridge et M. Megrah, *op. cit.*, à la p. 120, mentionnent le tempérament en ces termes: [TRADUCTION] «La conformité stricte sur laquelle lord Sumner a attiré l’attention dans l’arrêt *Equitable Trust Co. New York v. Dawson Partners* ne s’étend pas au point sur les i et aux barres sur les t ou à d’autres coquilles évidentes dans le crédit ou dans les documents.»

La règle de la conformité des documents exige non seulement que les documents présentés soient conformes aux conditions de la lettre de crédit, mais qu’ils concordent en apparence entre eux. L’exigence de concordance documentaire a été mentionnée dans *Midland Bank, Ltd. v. Seymour*, [1955] 2 Lloyd’s Rep. 147 (Q.B.), où la question était de savoir si le connaissement devait contenir une description des marchandises aussi complète que dans la facture pour qu’il y ait conformité des documents avec la description précisée dans la lettre de crédit. La cour a jugé qu’il y avait conformité suffisante avec la lettre de crédit si les documents dans l’ensemble contenaient la description nécessaire, mais, en énonçant le principe général, le juge Devlin a décrit la nécessité d’une conformité des documents en ces termes à la p. 153: [TRADUCTION] «La série de documents doit contenir tous les détails et, évidemment, ils doivent concorder entre eux, sinon ils ne constitueraient pas une série valable de documents d’expédition. Toutefois, en l’espèce, on a une série de documents qui non seulement concordent entre eux, mais également qui reprennent dans une certaine mesure les détails qui sont donnés dans l’autre—la marque d’expédition sur le connaissement qui amène à la facture qui porte la même marque d’expédition et qui serait présentée en même temps, ce qui établit une description complète des marchandises.» Il a indiqué en outre ce qu’il considérait comme étant l’aspect important de l’exigence de la conformité des documents, à la p. 151: [TRADUCTION] «Tous les documents concordent entre eux en ce sens qu’ils constituent un ensemble qui vise manifestement le même colis de marchandises.» La règle de la concordance documentaire a

and Practice for Documentary Credits by the addition to Article 7, as it appears in the Uniform Customs (1962), of the following sentence: "Documents which appear on their face to be inconsistent with one another will be considered as not appearing on their face to be in accordance with the terms and conditions of the credit." The same provision appears in the corresponding Article 15 of the 1983 revision of the Uniform Customs. H. C. Gutteridge and M. Megrah, *op. cit.*, p. 121, quote the following statement by the Banking Commission of the International Chamber of Commerce concerning the meaning of the requirement of documentary consistency introduced into the Uniform Customs by the revision of 1974: "... the notion of 'consistency' referred to in Article 7 should be understood as meaning that the whole of the documents must obviously relate to the same transaction, that is to say, that each should bear a relation (link) with the others on its face, and the documents should not be inconsistent with one another." The requirement of linkage of the documents; or sufficient identification of the goods in the tendered documents to indicate unequivocally that the documents all relate to the same parcel or shipment of goods, was applied in *Banque de l'Indochine et de Suez S.A. v. J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd.*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 476 (Q.B.); [1983] 2 Lloyd's Rep. 228 (C.A.) The issue in that case was whether the bank was entitled to the return of money paid "under reserve" because of apparent inconsistency between the tendered documents or insufficient linkage between them. Counsel for the plaintiff beneficiary of the credit conceded that they were not on their face linked to one another. Parker J. in the Queen's Bench Division stated the applicable requirements as follows at p. 482: "I have no doubt that so long as the documents can be plainly seen to be linked with each other, are not inconsistent with each other or with the terms of the credit, do not call for inquiry and between them state all that is required in the credit, the beneficiary is entitled to be paid." He held that the documents were not on their face consistent with one another and that for this reason and the absence of linkage, which had been conceded, the bank was entitled to the return of its money. In the

été prévue de manière expresse dans la révision de 1974 des *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* par l'ajout de la phrase suivante à l'Article 7 des Règles uniformes de 1962: «Les documents qui, en apparence, ne concordent pas entre eux seront considérés comme ne présentant pas l'apparence de conformité avec les conditions du crédit.» La même disposition est inscrite dans l'Article 15 correspondant de la révision de 1983 des Règles uniformes. H. C. Gutteridge et M. Megrah, *op. cit.*, p. 121, citent la déclaration suivante de la Commission bancaire de la Chambre de commerce internationale concernant la signification de l'exigence de la concordance documentaire incluse dans les Règles uniformes par la révision de 1974: [TRADUCTION] «... on devrait interpréter la notion de «concordance» mentionnée à l'Article 7 comme signifiant que l'ensemble des documents doit de toute évidence se rapporter à la même opération, c'est-à-dire que chacun doit présenter l'apparence d'un rapport (lien) avec les autres et que les documents doivent concorder entre eux.» L'exigence du rapport entre les documents ou de l'identification suffisante des marchandises dans les documents présentés pour indiquer d'une manière non équivoque que ces derniers se rapportent tous au même colis ou à la même expédition de marchandises, a été appliquée dans l'arrêt *Banque de l'Indochine et de Suez S.A. v. J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd.*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 476 (Q.B.); [1983] 2 Lloyd's Rep. 228 (C.A.) La question dans cette affaire était de savoir si la Banque avait le droit au remboursement de fonds payés «sous réserve» parce que, en apparence, les documents présentés ne correspondaient pas ou n'avaient pas de lien suffisant entre eux. L'avocat de la demanderesse bénéficiaire du crédit a admis qu'ils n'avaient pas en apparence de lien entre eux. Le juge Parker de la Division du Banc de la Reine a énoncé les exigences applicables de la manière suivante à la p. 482: [TRADUCTION] «Je suis convaincu que tant que les documents peuvent clairement être considérés comme liés entre eux, qu'ils concordent entre eux ou avec les conditions du crédit, qu'ils ne nécessitent pas une enquête et qu'ils indiquent tout ce qui est nécessaire dans le crédit, le bénéficiaire a le droit d'être payé». Il a décidé que les documents ne

Court of Appeal, which dismissed the appeal from Parker J.'s judgment, Sir John Donaldson, M.R., said that he did not think that any of the documents was necessarily inconsistent with any other, but that there was an insufficient identification in some of them of the goods as the goods covered by the invoice. He accepted the submission of counsel for the bank that "there must be sufficient linkage to prove that the documents, if accurate, all relate to the parcel of goods which are the subject of the commercial invoice", and said at p. 233: "There is, in my judgment, a real distinction between an identification of 'the goods', the subject matter of the transaction and a description of those goods. The second sentence of art. 32(c) gives latitude in description, but not in identification But however general the description, the identification must, in my judgment, be unequivocal. Linkage between the documents is not, as such, necessary, provided that each directly or indirectly refers unequivocally to 'the goods'." Referring to the terms of certain certificates called for by the letter of credit, he said on the same page: "Clearly these certificates *could* relate to the goods, but they do not necessarily do so. This will not do."

Another issue with respect to the requirement of strict documentary compliance, of particular relevance in this appeal, is the question whether a particular instance of documentary non-compliance can be cured by actual performance of the underlying sales contract. An affirmative view on this question was suggested in *obiter dicta* in *Bank of Montreal v. Recknagel*, 109 N.Y. 482 (C.A. 1888), where Gray J. said at p. 488: "But if Vogel & Co., in any material matter, failed to comply with those terms and conditions, the plaintiff's London agents accepted the drafts at their peril, and defendants could not be held liable unless there were, in fact, consignments of Manilla hemp" To the same effect he said at p. 494:

concordaient pas en apparence entre eux et que, pour ce motif et l'absence de lien, qui avait été admis, la banque avait le droit au remboursement de ses fonds. En Cour d'appel, qui a rejeté l'appel contre le jugement du juge Parker, sir John Donaldson, maître des rôles, a dit qu'il ne croyait pas que les documents ne concordent pas nécessairement entre eux, mais que certains d'entre eux identifiaient insuffisamment les marchandises par rapport aux marchandises visées par la facture. Il a admis l'argument de l'avocat de la banque selon lequel [TRADUCTION] «il doit y avoir un lien suffisant pour démontrer que les documents, s'ils sont exacts, se rapportent tous au colis de marchandises qui font l'objet de la facture commerciale» et il a dit à la p. 233 [TRADUCTION] «À mon avis, il existe une distinction véritable entre l'identification des «marchandises», l'objet de l'opération et la description de ces marchandises. La deuxième phrase de l'al. 32c) donne une latitude dans la description mais non dans l'identification [. . .] Cependant, quelque générale que soit la description, l'identification ne doit pas, à mon avis, être équivoque. Le lien entre les documents n'est pas comme tel nécessaire, pourvu que chacun d'entre eux mentionne directement ou indirectement de façon non équivoque les «marchandises». En mentionnant les conditions de certains certificats exigés par la lettre de crédit, il a dit à la même page: [TRADUCTION] «De toute évidence ces certificats *pourraient* se rapporter aux marchandises, mais ils ne le font pas nécessairement. Cela n'est pas suffisant.»

Une autre question relative à l'exigence de stricte conformité des documents qui est particulièrement pertinente en l'espèce est la question de savoir si un cas particulier de non-conformité documentaire peut être réparé par l'exécution réelle du contrat de vente sous-jacent. On trouve une réponse affirmative à cette question dans une opinion incidente dans l'arrêt *Bank of Montreal v. Recknagel*, 109 N.Y. 482 (C.A. 1888), où le juge Gray a dit à la p. 488: [TRADUCTION] «Mais si Vogel & Co., sur un point important, ne s'est pas conformée à ces conditions, les agents de la demanderesse à Londres ont accepté les traites à leurs risques et les défendeurs ne pouvaient pas être tenus responsables à moins qu'il y ait, en fait,

“The agreement of the parties called for a particular statement in the bill of lading to accompany the drafts, and that statement, or the existence of facts which would have authorized it, is a condition precedent to defendants’ responsibility to respond to plaintiff’s demand.” That view was rejected in *Camp v. Corn Exchange Nat. Bank*, 132 A. 189 (Pa. S.C. 1926), where Kephart J. said at p. 191:

It has been suggested by way of dicta in a few cases that, if there has been a tender of goods called for by the contract between the vendor and vendee, a bank which has accepted a draft made thereon can recover in a suit against the purchaser, even though there was a variance between the description of the goods in the letter of credit and in the documents accompanying the draft. *Bank of Montreal v. Recknagel*, 109 N.Y. 482, 17 N.E. 217; *Lamborn v. Lake Shore Banking & Trust Co.*, supra; *National City Bank v. Seattle National Bank*, 121 Wash. 476, 209 P. 705, 30 A.L.R. 347. This doctrine would set up the performance of the contract between the customer of the bank and a third party as a testing of the performance of the contract between the customer and the bank. *Laudisi v. American Exchange National Bank*, supra. It further depends upon facts not ascertained until *after* the bill has been accepted or rejected, and is thus opposed to the basic principles universally laid down in transactions of this nature.

A similar view was expressed on this question by Scrutton L.J. in *Guaranty Trust of New York v. Van den Berghs, Ltd.* (1925), 22 Ll. L. Rep. 447 (C.A.), where he said at pp. 454-55:

But I desire to say that I do not accept the conclusion sought to be drawn from two passages in the case of the *Bank of Montreal v. Recknagel*, 109 New York 482, at pp. 488 and 494, both of which I think were *obiter dicta* to the effect that the issuing bank, to recover from the purchaser requesting the credit, may either show that the documents on which it has paid conform to the letter of credit, or that if they do not the goods when they arrive do so conform. The object of payment against documents before the goods arrive, as stated by Kennedy L.J., in his admirable judgment in *Biddell v. Horst*, [1911] 1 K.B. 934, at p. 958, subsequently adopted by the House of Lords, is to enable the purchaser to deal

des expéditions de chanvre de Manille . . . » Dans le même sens il a dit à la p. 494: [TRADUCTION] «L’entente entre les parties exigeait qu’une déclaration particulière dans le connaissement accompagne les traites et que cette déclaration, ou l’existence de faits qui l’auraient autorisée, constitue une condition suspensive dont dépend l’existence de la responsabilité des défendeurs de satisfaire à la demande de la demanderesse.» Cette opinion a été rejetée dans l’affaire *Camp v. Corn Exchange Nat. Bank*, 132 A. 189 (Pa. S.C. 1926), où le juge Kephart a dit à la p. 191:

[TRADUCTION] On a dit dans des opinions incidentes de quelques affaires que, s’il y avait eu une offre de marchandises demandées par le contrat entre le vendeur et l’acheteur, une banque qui a accepté une traite tirée sur celui-ci peut recouvrer dans une action contre l’acheteur, même s’il y avait une différence entre la description des marchandises dans la lettre de crédit et dans les documents accompagnant la traite. *Bank of Montreal v. Recknagel*, 109 N.Y. 482, 17 N.E. 217; *Lamborn v. Lake Shore Banking & Trust Co.*, précité; *National City Bank v. Seattle National Bank*, 121 Wash. 476, 209 P. 705, 30 A.L.R. 347. Cette proposition établirait l’exécution du contrat entre le client de la banque et un tiers comme un critère pour l’exécution du contrat entre le client et la banque. *Laudisi v. American Exchange National Bank*, précité. Elle dépend en outre de faits qui ne seront vérifiés qu’après que le connaissement a été accepté ou rejeté, et est donc opposée aux principes fondamentaux universellement établis dans des opérations de ce genre.

Une opinion semblable a été exprimée sur cette question par le lord juge Scrutton dans *Guaranty Trust of New York v. Van den Berghs, Ltd.* (1925), 22 Ll. L. Rep. 447 (C.A.), où il a dit aux pp. 454 et 455:

[TRADUCTION] Toutefois, je désire ajouter que je ne souscris pas à la conclusion qu’on cherche à tirer des deux passages dans l’affaire *Bank of Montreal v. Recknagel*, 109 New York 482, aux pp. 488 et 494 qui sont tous deux, à mon avis, des *obiter dicta* selon lesquels la banque émettrice, pour recouvrer de l’acheteur qui demande le crédit, peut soit démontrer que les documents en vertu desquels elle a payé sont conformes à la lettre de crédit ou, s’ils ne le sont pas, que les marchandises sont conformes au moment de leur arrivée. Le but du paiement contre les documents avant l’arrivée des marchandises, comme l’a déclaré le lord juge Kennedy dans son admirable jugement dans l’affaire *Biddell v.*

with documents representing the goods before the goods themselves arrive. To hold that the issuing bank might make the purchaser liable on documents which did not represent the goods, because at some time later the goods themselves arrived, seems to me entirely to defeat the commercial objects of the transaction.

This view receives support by implication, I think, from the decision in *Orient Co. v. Brekke & Howlid*, [1913] 1 K.B. 531, in which it was held that there is not a complete delivery under a c.i.f. contract by the tender of documents which do not include a policy of insurance, although the goods have in fact arrived safely at their destination. I would also note that in *J. H. Rayner & Co. v. Hambro's Bank, Ltd.*, *supra*, in which it was held that the bank was justified in refusing payment because the bills of lading referred to "machine-shelled groundnut kernels" rather than "Coromandel groundnuts", as required by the letter of credit, "Coromandel groundnuts" were in fact delivered. Counsel for the bank is reported at p. 38 to have said in argument: "The judge appears to have been unduly influenced by the fact that the shipment was in fact Coromandel groundnuts. That fact is immaterial, because what the banker has to pay against is the documents specified by the letter of credit." In *Michael Doyle & Associates Ltd. v. Bank of Montreal* (1982), 140 D.L.R. (3d) 596, Taylor J. in the British Columbia Supreme Court, after quoting the passage from *Chitty on Contracts* respecting the rule of strict documentary compliance, which I have quoted above, said at p. 605: "So it appears that a banker is entitled to reject a document which does not *on its face* answer completely and strictly to the requirements of the credit, even though it is *in fact* the document called for." While this statement may have been essentially a rejection of a rule of substantial documentary compliance (see the further statement at p. 606, "Yet it remains the fact that the certificate is, in substance, the document which was called for"), it carries with it, I think, the implication that the obligation of an issuing bank to pay under a letter of credit is to be determined by whether the documents appear on their face to conform to the terms and conditions of the letter

Horst, [1911] 1 K.B. 934 à la p. 958, par la suite adopté par la Chambre des lords, est de permettre à l'acheteur de traiter avec des documents qui représentent les marchandises avant que celles-ci n'arrivent. Juger que la banque émettrice peut rendre l'acheteur responsable en vertu de documents qui ne représentent pas les marchandises, parce qu'à un moment donné dans l'avenir les marchandises elles-mêmes arrivent, me semble entièrement contraire aux buts commerciaux de l'opération.

^a D'après moi, cette opinion est appuyée de manière implicite par la décision *Orient Co. v. Brekke & Howlid*, [1913] 1 K.B. 531, dans laquelle on a jugé que la livraison n'est pas complète aux termes d'un contrat c.a.f. quand il y a présentation de documents qui ne comprennent pas une police d'assurance, bien que les marchandises soient en fait arrivées en toute sécurité à leur destination. Il convient également de souligner que dans l'affaire *J. H. Rayner & Co. v. Hambro's Bank, Ltd.*, précitée, où l'on a jugé que la banque était justifiée de refuser le paiement parce que les connaissances mentionnaient des «arachides écossées à la machine» plutôt que des «arachides Coromandel» comme l'exigeait la lettre de crédit, des «arachides Coromandel» ont en fait été livrées. L'avocat de la banque aurait dit dans sa plaidoirie mentionnée à la p. 38, [TRADUCTION] «Le juge paraît avoir été indûment influencé par le fait que l'expédition était en fait constituée d'arachides Coromandel. Ce fait n'est pas pertinent parce que le banquier devait payer sur présentation des documents précisés par la lettre de crédit.» Dans l'affaire *Michael Doyle & Associates Ltd. v. Bank of Montreal* (1982), 140 D.L.R. (3d) 596, le juge Taylor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique après avoir cité le passage de *Chitty on Contracts* concernant la règle de la stricte conformité des documents que j'ai déjà citée, a dit à la p. 605: [TRADUCTION] «Ainsi, il appert qu'un banquier a le droit de rejeter un document qui ne présente pas l'apparence d'une réponse complète et stricte aux exigences du crédit, même si *en fait* il s'agit du document demandé.» Bien que cette déclaration puisse en fait constituer essentiellement un rejet de la règle de la conformité des documents en substance (voir l'autre déclaration à la p. 606, [TRADUCTION] «Toutefois il reste que le certificat est essentiellement le document qui avait été demandé»), elle comporte, d'après moi, l'idée que

of credit and not by whether the requirements of the transaction have in fact been met by actual performance. For the reasons given by Scrutton L.J. in *Guaranty Trust of New York* I am in respectful agreement with the view expressed by him. Just as it is essential to the effective operation of letter of credit transactions that an issuing or confirming bank should not be required, in the absence of notice of fraud, to inquire beyond the apparent regularity and conformity of the tendered documents, so it is essential that its obligation to pay should not be subject to determination after the event by what actually transpired in the performance of the underlying contract. That is the other side of the principle of autonomy. The obligation of the issuing bank to the beneficiary of a credit must at all times be independent of the actual performance of the underlying contract. Thus I am of the view that documentary non-compliance cannot be cured by the actual performance of the underlying contract.

In the light of these principles respecting documentary compliance I turn to consideration of the alleged discrepancies on the face of the documents accompanying the draft for invoice 0014. The two relating to the inspection certificate—the reference to the Shanghai Commercial letter of credit and the discrepancy between the quantity shown in the inspection certificate and the quantity shown in the invoice—may be conveniently considered together. The basic contention of counsel for Whitewear, as I understood his argument, was that while the Bank's letter of credit did not require a reference to the credit in the tendered documents and did not specify a particular quantity in its description of the goods, the reference to the Shanghai Commercial letter of credit in the inspection certificate and the discrepancy in respect of the quantities shown in the invoice and the certificate raised an uncertainty as to whether the inspection certificate was the one called for by the letter of credit, that is, was related to the goods covered by

l'obligation d'une banque émettrice de payer en vertu d'une lettre de crédit doit être déterminée par la question de savoir si les documents présentent l'apparence de conformité avec les conditions de la lettre de crédit et non par la question de savoir si les exigences de l'opération ont en fait été remplies par l'exécution réelle. Pour les motifs prononcés par le lord juge Scrutton dans l'affaire *Guaranty Trust of New York*, je suis d'accord avec l'opinion qu'il a exprimée. Tout comme il est essentiel, pour que les opérations en matière de lettre de crédit soient menées d'une manière efficace, qu'une banque émettrice ou celle qui confirme ne soit pas tenue, en l'absence d'un avis de fraude, d'enquêter au-delà de l'apparence de conformité et de régularité des documents présentés, il est également essentiel que son obligation de payer ne soit pas assujettie à une décision après coup en fonction de ce qui s'est réellement produit lors de l'exécution du contrat sous-jacent. Il s'agit de l'envers du principe de l'autonomie. L'obligation de la banque émettrice envers le bénéficiaire d'un crédit doit en tout temps être indépendante de l'exécution réelle du contrat sous-jacent. Je suis donc d'avis que la non-conformité des documents ne peut être réparée par l'exécution réelle du contrat sous-jacent.

Compte tenu de ces principes sur la conformité des documents, j'examine maintenant les différences qui seraient apparentes dans les documents accompagnant la traite relative à la facture 0014. Les deux se rapportant au certificat d'inspection—soit la mention de la lettre de crédit de Shanghai Commercial et la différence entre la quantité indiquée dans le certificat d'inspection et la quantité indiquée sur la facture—il est plus pratique de les examiner ensemble. L'argument fondamental de l'avocat de Whitewear, selon mon interprétation, porte que, bien que la lettre de crédit de la Banque n'exige pas la mention du crédit dans les documents présentés et ne précise pas une quantité particulière dans sa description des marchandises, la mention de la lettre de crédit de Shanghai Commercial dans le certificat d'inspection et la différence relative aux quantités indiquées dans la facture et dans le certificat ont soulevé une ambiguïté relativement à la question de savoir si le certificat d'inspection était celui qui était demandé

the invoice. Thus, as I understood the argument of counsel for Whitewear with respect to these discrepancies, he was essentially raising the issue of linkage or sufficient identification of the goods. On this issue I am of the opinion that there was a sufficient indication on the face of the inspection certificate that it related to the same parcel or shipment of goods as that referred to in invoice 0014. The inspection certificate, as did the invoice, referred to a shipment of "Men's Industrial Uniforms" from Kaohsiung to Montreal on board the EMMA JEBSEN on July 22, 1974. Moreover, since the greater quantity was shown in the inspection certificate, the latter appeared on its face to cover the whole of the quantity specified in the invoice, which was the quantity for which the buyer was charged. It thus satisfied the requirement of the letter of credit. In so far as there was a requirement in this case, beyond the question of linkage or identification of the goods, that the documents be consistent with one another, I am of the opinion that the inconsistency in respect of quantity between the inspection certificate and the invoice was not of sufficient materiality to justify a refusal of payment since the quantity specified in the invoice was the one for which the buyer was being charged. I would therefore reject the two discrepancies on the face of the inspection certificate as grounds for concluding that the draft was improperly paid by the Bank.

There remains the question of the alleged discrepancy on the face of the bills of lading accompanying invoice 0014. The letter of credit specified a sale "C.I.F. Montreal", as did the invoice, with shipment from Taiwan to Montreal. This meant that the goods were required to be shipped freight prepaid to Montreal. The bills of lading, while bearing on their face the words "FREIGHT PREPAID", specified the "Port of Discharge" as "VANCOUVER B.C." and the "Port of Delivery" as "VANCOUVER B.C. CFS OCF", with Montreal shown as "Final Destination (for the Merchant's reference only)". The letters "CFS" apparently mean "container freight station" and the letters "OCF" apparently mean "onward

dans la lettre de crédit, c'est-à-dire, s'il se rapportait aux marchandises visées par la facture. Par conséquent, si je comprends bien, l'argument de l'avocat de Whitewear relativement à ces différences soulève essentiellement la question du rapport ou de l'identification suffisante des marchandises. Sur cette question, je suis d'avis que le certificat d'inspection présentait en apparence une indication suffisante qu'il se rapportait au même colis ou même envoi de marchandises que celui visé par la facture 0014. Le certificat d'inspection, tout comme la facture, mentionnait une expédition [TRADUCTION] «d'uniformes industriels pour hommes» de Kaohsiung à Montréal à bord du EMMA JEBSEN le 22 juillet 1974. En outre, étant donné que la quantité la plus grande était indiquée dans le certificat d'inspection, ce dernier paraissait en apparence viser toute la quantité précisée dans la facture, soit la quantité que l'acheteur devait payer. Cela satisfaisait donc à l'exigence de la lettre de crédit. Dans la mesure où, en sus de la question du rapport ou de l'identification des marchandises, il est exigé en l'espèce que les documents concordent entre eux, je suis d'avis que la non-concordance des quantités indiquées dans le certificat d'inspection et dans la facture n'était pas suffisamment importante pour justifier le refus de paiement puisque la quantité précisée dans la facture était celle que l'acheteur devait payer. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter les deux différences inscrites dans le certificat d'inspection comme motifs pour conclure que la traite n'a pas été payée à bon droit par la Banque.

Il reste la question de la différence qui figurerait dans les connaissements accompagnant la facture 0014. La lettre de crédit précisait une vente «C.A.F. Montréal», tout comme la facture, ainsi qu'une expédition de Taiwan à Montréal. Cela signifiait que les marchandises devaient être expédiées franc de port à Montréal. Bien que les termes «FRANC DE PORT» fussent inscrits sur les connaissements, ceux-ci précisaient que le «port de déchargement» serait «VANCOUVER C.-B.» et le «port de livraison» serait «VANCOUVER (C.-B.) MC PT», et Montréal comme «destination finale (aux fins du marchand seulement)». Les lettres «MC» signifient apparemment «magasin de conte-neurs» et les lettres «PT», «point de transborde-

carrying point”, but this has no bearing on the issue. The bills of lading provided that the goods were to be carried from the port of loading to “the port of discharge or the place of delivery shown herein and there to be delivered unto order or assigns.” The bills of lading thus did not provide for carriage freight prepaid to Montreal and for the continuous documentary coverage from point of shipment to destination required under a c.i.f. contract. See *Hansson v. Hamel and Horley, Ltd.*, [1922] 2 A.C. 36 (H.L.), at pp. 44-45; *Holland Colombo Trading Society, Ltd. v. Segu Mohamed Khaja Alawdeen*, [1954] 2 Lloyd’s Rep. 45 (P.C.) at p. 53. This was a documentary non-compliance with the terms and conditions of the letter of credit, appearing on the face of the bills of lading, that required the Bank to refuse acceptance of the documents and payment of the draft at the time they were tendered.

The Bank acknowledged at the time that this was a documentary non-compliance with the terms and conditions of the letter of credit. The telex from its New York agency to Shanghai Commercial on August 9, 1974 concluded: “CANNOT INTERPRET AS FREIGHT BEING PREPAID TO MONTREAL ON BLADING”. In its letter of August 10, 1974 to the New York agency of the Bank, Shanghai Commercial, while not conceding the view expressed by the Bank, offered to guarantee freight prepaid to Montreal. After the goods had reached Montreal Shanghai Commercial took the following position in a telex of September 17, 1974 to the Bank: “... SINCE SHIPMENTS ALREADY ARRIVED MONTREAL THE POINT OF INTERPRETING WHERE FREIGHT BEEN PAID TO AS RAISED BY YOUR NEW YORK AGENCY NO LONGER EXISTS”. This was essentially the position later adopted by the Bank in resisting Whitewear’s claim. It contended that there was no proof that the goods had not been delivered freight prepaid from Vancouver to Montreal, and, in any event, no proof that Whitewear had been required to pay the freight from Vancouver to Montreal. In his testimony, Mr. Montpellier, the manager of the St. Catherine and Peel Streets branch of the Bank, said he could not recall who paid the freight from Vancouver to Montreal. The Bank further con-

ment» mais cela n’est pas pertinent en l’espèce. Les connaissements prévoyaient que les marchandises devaient être transportées du port d’embarquement au [TRADUCTION] «port de déchargement ou au lieu de livraison indiqué en l’espèce et y être livrées selon la commande ou cédées». Les connaissements ne prévoyaient donc pas le port payé à Montréal ni la couverture documentaire continue du point d’expédition à la destination exigée en vertu d’un contrat c.a.f. Voir *Hansson v. Hamel & Horley, Ltd.*, [1922] 2 A.C. 36 (H.L.) aux pp. 44 et 45; *Holland Colombo Trading Society, Ltd. v. Segu Mohamed Khaja Alawdeen*, [1954] 2 Lloyd’s Rep. 45 (P.C.) à la p. 53. Il s’agissait d’une non-conformité des documents avec les conditions de la lettre de crédit, apparente sur les connaissements, en vertu de laquelle la Banque était tenue de refuser les documents et le paiement de la traite au moment où ils ont été présentés.

La Banque a reconnu à ce moment-là qu’il s’agissait d’une non-conformité des documents avec les conditions de la lettre de crédit. Le télex de son bureau de New York à Shanghai Commercial du 9 août 1974 se terminait de la manière suivante: [TRADUCTION] «NE PEUT INTERPRÉTER COMME PORT PAYÉ À MONTREAL DANS LE CONNAISSEMENT». Shanghai Commercial, dans sa lettre du 10 août 1974 au bureau de la Banque à New York, tout en n’admettant pas l’opinion exprimée par la Banque, a offert de garantir le port payé à Montréal. Après l’arrivée des marchandises à Montréal, Shanghai Commercial a adopté la position suivante dans un télex du 17 septembre 1974 adressé à la Banque: [TRADUCTION] «... ÉTANT DONNÉ EXPÉDITION DÉJÀ ARRIVÉE À MONTRÉAL, INUTILE DE DÉTERMINER OÙ LE PORT A ÉTÉ PAYÉ COMME SOULEVÉ PAR VOTRE BUREAU DE NEW YORK». Il s’agit essentiellement de la position adoptée plus tard par la Banque pour s’opposer à la réclamation de Whitewear. Elle a soutenu qu’il n’y avait aucun élément de preuve que les marchandises n’avaient pas été livrées port payé de Vancouver à Montréal et, de toute façon, il n’y avait aucun élément de preuve que Whitewear avait été tenue de payer le transport de Vancouver à Montréal. Dans son témoignage, M. Montpellier, le directeur de la succur-

tended that Whitewear had suffered no prejudice as a result of the prepaid freight discrepancy and that the discrepancy was a mere technicality that did not justify a refusal by the Bank to pay the draft. The trial judge appears to have been substantially of this view in rejecting the prepaid freight discrepancy. He said:

As to Defendant's sixth complaint, namely, that the bill of lading called for prepaid shipment to Vancouver although the invoice called for shipment to the Port of Montreal, there is no proof that Defendant had to pay for the carriage of the goods from Vancouver to Montreal. It seems likely that if it had had to do so it would have proven it. Moreover, Defendant accepted the goods which were shipped under invoice SS-0014 albeit under protest. If they had been forced to pay the freight from Vancouver to Montreal before the goods were released to them this might have been a valid ground for their refusal to pay the draft unless the bank agreed to absorb this expense. The Court rejects this as a reason which would entitle Defendant to claim from Plaintiff the inflated amount of the draft.

For the reasons I have already indicated in my consideration of the law, I am of the opinion that the discrepancy on the face of the bills of lading could not be cured, or removed as a ground for refusing payment of the draft covering invoice 0014, by the fact, if such was the case, that the goods were eventually transported from Vancouver to Montreal at no additional charge to Whitewear. (The C.I.F. price in the invoice for which the draft was made out included, of course, freight to Montreal.) Whitewear was entitled, at the time of the tender, to receive shipping documents showing a shipment freight prepaid to Montreal. It is essential to maintain the principle that an issuing bank must decide promptly on the basis of what appears on the face of the documents whether or not to accept them and to pay the draft, without regard to the performance of the underlying contract of sale. As Lord Sumner put it in *Hansson, supra*, at p. 46: "These documents have to be handled by banks, they have to be taken up or rejected promptly and without any opportunity for pro-

sale de la Banque, rues Ste-Catherine et Peel, a dit qu'il ne pouvait pas se rappeler qui avait payé le transport de Vancouver à Montréal. La Banque a en outre soutenu que Whitewear n'avait subi aucun préjudice par suite de la différence quant au port payé et qu'il s'agissait là d'une simple question de forme qui ne justifiait pas le refus de la part de la Banque de payer la traite. Le juge de première instance paraît avoir adopté cette opinion en grande partie pour rejeter la différence quant au port payé. Il a dit:

[TRADUCTION] Quant à la sixième plainte de la défenderesse, savoir que le connaissement indiquait port payé à Vancouver quoique la facture ait exigé port payé dans le port de Montréal, rien ne prouve que la défenderesse devait payer le transport des marchandises de Vancouver à Montréal. Il semble vraisemblable que, si elle avait dû le faire, cela en aurait été la preuve. En outre, la défenderesse a accepté, sous protêt il est vrai, les marchandises expédiées en vertu de la facture SS-0014. Si elle avait dû payer le fret de Vancouver à Montréal avant que les marchandises lui soient remises, cela aurait pu constituer un motif valide de refuser de payer la traite à moins que la Banque n'accepte de payer cette dépense. La Cour n'accepte pas que ce soit là un motif qui permet à la défenderesse de réclamer à la demanderesse le montant dont la traite a été haussée.

Pour les raisons déjà exposées dans mon examen du droit, je suis d'avis que le fait, si c'est vraiment le cas, que les marchandises ont finalement été transportées de Vancouver à Montréal sans frais additionnels pour Whitewear, ne peut pas remédier à la différence apparente sur les connaissements ni l'écarter en tant que raison pour refuser le paiement de la traite couvrant la facture 0014. (Le prix C.A.F. figurant sur la facture applicable à la traite comprenait évidemment le fret jusqu'à Montréal.) Au moment de l'offre, Whitewear avait le droit de recevoir des documents d'expédition franc de port à Montréal. Il est essentiel de maintenir le principe qu'une banque émettrice doit décider promptement à partir de ce qui ressort à la lecture des documents si elle les accepte et si elle paie la traite, sans tenir compte de l'exécution du contrat de vente sous-jacent. Comme le dit lord Sumner dans l'arrêt *Hansson*, précité, à la p. 46: [TRADUCTION] «Ces documents doivent être traités par les banques, ils doivent être acceptés ou refusés promptement sans possibilité d'enquête

longed inquiry, they have to be such as can be re-tendered to sub-purchasers, and it is essential that they should so conform to the accustomed shipping documents as to be reasonably and readily fit to pass current in commerce." An issuing bank cannot be permitted to wait until actual performance of the underlying contract of sale to determine whether it should accept the documents and pay the draft. Its obligation and authority to pay are determined at the time of the tender by what appears, upon reasonably careful examination, on the face of the documents. As indicated above, the principles of autonomy and strict documentary compliance require that the issuing bank disregard the facts concerning the performance of the underlying contract (except, of course, in the case of fraud of which it has notice), whether existing at the time of tender or afterwards. Payment is made for documents and not for goods, and the buyer is entitled to receive conforming documents before the actual arrival of the goods. Because of the discrepancy on the face of the bills of lading in this case the Bank was not obliged and was not authorized to accept the documents and pay the draft for invoice 0014 and by doing so some three months after the tender was in breach of its agreement with Whitewear. The fact that Whitewear may not have been prejudiced by the discrepancy, in the sense that its loss was not directly attributable to it, is immaterial. It is not necessary for the applicant for a documentary credit to show that he is prejudiced by a particular documentary non-compliance with the terms and conditions of the credit. Just as it is not for an issuing bank or the courts to question the necessity or reasonableness of a particular documentary requirement stipulated by the buyer (see *J. H. Rayner & Co. v. Hambro's Bank, Ltd.*, *supra*, at p. 42, and *Midland Bank, Ltd. v. Seymour*, *supra*, at p. 151), so it has been held that the buyer's real reasons or motives for invoking documentary non-compliance are immaterial: *Guaranty Trust of New York*, *supra*, at p. 455. See also Lord Sumner in *Hansson* at p. 42: "Why the respondents really refused the documents does not matter, nor does the case turn on the particular objection put forward by them at the time."

prolongée; il faut qu'il en soit ainsi car ils peuvent être présentés à des sous-acquéreurs et il est essentiel qu'ils soient conformes aux documents d'expédition habituels de manière à pouvoir circuler dans le commerce.» On ne peut permettre à une banque émettrice d'attendre jusqu'à l'exécution réelle du contrat de vente sous-jacent pour déterminer si elle doit accepter les documents et payer la traite. Son obligation et son pouvoir de payer sont déterminés au moment de la présentation par ce qui ressort, après un examen suffisamment attentif, des documents. Comme je l'ai déjà indiqué, les principes d'autonomie et de stricte conformité des documents exigent que la banque émettrice ne tienne pas compte des faits concernant l'exécution du contrat sous-jacent (excepté, évidemment, dans le cas de fraude dont elle a connaissance), qui existent au moment de la présentation ou après. Le paiement est fait à l'égard de documents et non de marchandises et l'acquéreur a le droit de recevoir des documents conformes avant l'arrivée réelle des marchandises. À cause de la différence apparente dans les connaissements en l'espèce, la Banque n'était pas tenue ni autorisée à accepter les documents et à payer la traite couvrant la facture 0014, et le faire quelque trois mois après la présentation contrevenait à son entente avec Whitewear. Il importe peu que Whitewear a pu ne pas être lésée par la différence en ce sens que sa perte ne lui est pas directement attribuable. Il n'est pas nécessaire que celui qui demande un crédit documentaire démontre qu'une non-conformité précise des documents avec les conditions du crédit lui a causé un préjudice. Tout comme il n'appartient pas à une banque émettrice ni aux tribunaux de mettre en doute la nécessité ou le caractère raisonnable d'une exigence documentaire particulière formulée par l'acquéreur (voir *J. H. Rayner & Co. v. Hambro's Bank, Ltd.*, précité, à la p. 42, et *Midland Bank, Ltd. v. Seymour*, précité, à la p. 151), de même on a statué que les raisons ou les motifs réels pour lesquels l'acquéreur invoque la non-conformité des documents ne sont pas pertinents: *Guaranty Trust of New York*, précité, à la p. 455. Voir également lord Sumner dans l'arrêt *Hansson* à la p. 42: [TRADUCTION] «La vraie raison pour laquelle les intimés ont refusé les documents n'a pas d'importance, et l'affaire ne repose pas sur l'opposition précise qu'ils ont avancée à l'époque.»

The claim of a customer against an issuing bank, where the bank has debited his account pursuant to an improper payment of a draft under a letter of credit, is an action for recovery of the amount of the debit. It is the amount of the debit that is sometimes referred to as the "damage". At civil law, the recourse is, as Monet J.A. said in the Court of Appeal, an action *en remboursement de fonds*, or *répétition de l'indu*, based on art. 1140 C.C. It is not an action governed by the rules respecting damages for breach of contract in arts. 1073, 1074 and 1075 C.C. The basis of the right of recovery is that the customer was not obliged to reimburse the issuing bank because the bank, by reason of the fraud exception, if it applied, or by reason of documentary non-compliance with the terms and conditions of the credit, should not have accepted the documents and paid the draft.

The fact, as found by the trial judge, that Whitewear accepted the goods under protest, and, as Whitewear says, disposed of them in order to minimize the loss, does not in my opinion preclude Whitewear from claiming the amount awarded by the Court of Appeal on the basis that that amount was improperly paid and debited to its account because of the documentary non-compliance with the terms and conditions of the letter of credit. Despite what might have been suggested by the reasons of the trial judge, Monet J.A. in the Court of Appeal concluded that the acceptance of the goods under protest did not constitute a waiver of the right to invoke irregularities affecting the documents accompanying the draft for invoice 0014. I agree with that conclusion. Indeed, the Bank did not assert this ground as a bar to recovery in its written and oral argument in this Court. It was apparently content that Whitewear had limited the amount of its recovery in respect of the debit for invoice 0014, as a result presumably of having been able to realize on the goods.

Before concluding something should perhaps be said about an exemption clause or exclusion of liability in the agreement between the Bank and Whitewear respecting the letter of credit on which the Bank relied to some extent, although I did not understand it to be strongly urged in this Court. It

La réclamation d'un client contre une banque émettrice lorsque celle-ci a débité son compte par suite du paiement irrégulier d'une traite en vertu d'une lettre de crédit, est une action en remboursement du montant du débit. C'est le montant du débit que l'on appelle parfois le «dommage». En droit civil, comme l'a dit le juge Monet, le recours est une action «en remboursement de fonds» ou répétition de l'indu fondée sur l'art. 1140 C.c. Ce n'est pas une action régie par les règles applicables aux dommages-intérêts pour rupture de contrat des art. 1073, 1074 et 1075 C.c. Le fondement du droit au recouvrement est que le client n'était pas obligé de rembourser la banque émettrice parce que celle-ci, à cause de l'exception de fraude, si elle s'applique, ou de la non-conformité des documents avec les conditions du crédit n'aurait pas dû accepter les documents et honorer la traite.

Le fait, auquel a conclu le juge de première instance, que Whitewear a accepté les marchandises sous protêt et, comme le dit Whitewear, les a vendues pour minimiser la perte, ne l'empêche pas, à mon avis, de réclamer le montant accordé par la Cour d'appel étant donné que ce montant avait été irrégulièrement payé et débité de son compte à cause de la non-conformité des documents avec les conditions de la lettre de crédit. Malgré ce que les motifs du juge de première instance auraient pu laisser entendre, le juge Monet a conclu que l'acceptation des marchandises sous protêt ne constituait pas une renonciation au droit d'invoquer des irrégularités frappant les documents accompagnant la traite relative à la facture 0014. Je souscris à cette conclusion. D'ailleurs la Banque n'a pas soutenu que ce moyen empêchait un remboursement dans ses plaidoiries orales ou écrites en cette Cour. Elle s'estimait apparemment satisfaite que Whitewear ait limité le montant de sa réclamation au débit relatif à la facture 0014, vu probablement ce qu'elle avait tiré de la vente des marchandises.

Avant de conclure, il faudrait probablement dire quelque chose au sujet de la clause d'exemption ou d'exonération de responsabilité de l'entente conclue entre la Banque et Whitewear en ce qui concerne la lettre de crédit sur laquelle la Banque s'est appuyée dans une certaine mesure sans que ce

is clause 13 of the agreement, which is quoted in full in the judgment of Monet J.A. in the Court of Appeal, [1985] C.A. 718 at pp. 723-24, and the pertinent parts of which read as follows: "All users of the Credit shall be deemed to be agents of the Undersigned and neither the Bank nor its agents or correspondents shall be responsible for the negligence or fraudulence of any user of the Credit . . . and the obligations hereunder of the Undersigned to the Bank shall not be in any way lessened or affected if any bill or document accepted, paid or acted upon by the Bank or its agents or correspondents is in any or all respects invalid, insufficient, fraudulent or forged or if any bill or document does not bear a reference or sufficient reference to the Credit or if no note thereof is made on the Credit." Monet J.A. held that clause 13 would not relieve the Bank of liability for payment of the draft if it had knowledge of fraud by the beneficiary of the credit. I agree, although it was not necessary to reach that point in view of my conclusion that the fraud exception was not applicable in this case. I am also of the view that clause 13 does not purport to exclude the Bank's liability, or oblige the customer to reimburse the Bank, for the payment of a draft that is accompanied by documents that are not in accordance with the terms and conditions of the letter of credit. Such an intention, contrary to the fundamental principle of documentary credits and to the terms of Article 8 of the Uniform Customs (1962) respecting the customer's obligation of reimbursement, which I have quoted above, would have to be much more clearly expressed.

For the foregoing reasons I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Clarkson, Tétrault, Montréal.

Solicitors for the respondents: Phillips & Vineberg, Montréal.

soit, à mon sens, plaidé vigoureusement devant nous. C'est la clause 13 de l'entente qui est citée au complet dans le jugement du juge Monet, [1985] C.A. 718 aux pp. 723 et 724, et dont les extraits pertinents se lisent ainsi: [TRADUCTION] «Tous les utilisateurs du crédit seront considérés comme des agents de la soussignée et ni la Banque ni ses agents ou correspondents ne seront responsables de la négligence ou de la fraude des utilisateurs du crédit [. . .] et les obligations en l'espèce de la soussignée envers la Banque ne seront aucunement diminuées ou modifiées si une facture ou document accepté, payé ou utilisé par la Banque ou ses agents ou correspondents est en totalité ou en partie invalide, insuffisant, frauduleux ou contrefait ou si une facture ou document ne mentionne aucunement ou insuffisamment le crédit ou si aucune note à cet égard n'apparaît sur le crédit.» Le juge Monet a conclu que la clause 13 ne relèverait pas la Banque de l'obligation d'honorer la traite si elle avait connaissance de la fraude de la bénéficiaire du crédit. Je suis d'accord, bien qu'il ne soit pas nécessaire d'en venir là vu ma conclusion que l'exception de fraude ne s'applique pas en l'espèce. Je suis aussi d'avis que la clause 13 ne vise pas à exonérer la Banque de sa responsabilité ou à obliger le client à rembourser la Banque pour le paiement d'une traite qui est accompagnée de documents qui ne sont pas conformes aux conditions de la lettre de crédit. Une telle intention, qui est contraire au principe fondamental des crédits documentaires et au texte de l'Article 8 des Règles uniformes de 1962, déjà cité, relatives à l'obligation du client de rembourser, devrait être exprimée beaucoup plus clairement.

Pour les motifs susmentionnés, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Clarkson, Tétrault, Montréal.

Procureurs des intimées: Phillips & Vineberg, Montréal.

Attorney General of Manitoba *Appellant*

v.

Metropolitan Stores (MTS) Ltd. *Respondent*

and

**Manitoba Food and Commercial Workers,
Local 832** *Respondent*

and

The Manitoba Labour Board *Respondent*

INDEXED AS: MANITOBA (ATTORNEY GENERAL) v.
METROPOLITAN STORES LTD.

File No.: 19609.

1986: June 20; 1987: March 5.

Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain and
La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Courts — Procedure — Stay of proceedings and interlocutory injunctions — Constitutional validity of legislation challenged — Board proposing to act pursuant to challenged legislation — Motion to stay Board's proceedings until determination of constitutional validity of legislation — Decision to deny motion overturned by Court of Appeal — Principle governing judge's discretionary power to grant stay — Appropriateness of Court of Appeal's intervention in motion judge's discretion — Labour Relations Act, C.C.S.M., c. L10, s. 75.1.

Constitutional law — Charter of Rights — Currency of impugned legislation — Whether or not presumption of constitutionality when legislation challenged under Charter.

The Manitoba Labour Board was empowered by *The Labour Relations Act* to impose a first collective agreement. When the union applied to have the Board impose a first contract, the employer commenced proceedings in the Manitoba Court of Queen's Bench to have that power declared invalid as contravening the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Within the framework of this action, the employer applied by way of motion in the Court of Queen's Bench for an order to stay The Manitoba Labour Board until the issue of the legislation's validity had been heard. The motion was denied. The Board, unfettered by a stay order, indicated that a

Procureur général du Manitoba *Appellant*

c.

Metropolitan Stores (MTS) Ltd. *Intimée*

^a
et

**Manitoba Food and Commercial Workers,
section locale 832** *Intimé*

^b
et

The Manitoba Labour Board *Intimée*

RÉPERTORIÉ: MANITOBA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.
METROPOLITAN STORES LTD.

^c

N° du greffe: 19609.

1986: 20 juin; 1987: 5 mars.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain et
^d La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Tribunaux — Procédure — Suspension d'instance et injonctions interlocutoires — Contestation de la constitutionnalité d'une loi — Commission qui se propose d'agir en vertu de la loi contestée — Requête en suspension des procédures devant la Commission jusqu'à la détermination de la constitutionnalité de la loi — Décision rejetant la requête infirmée par la Cour d'appel — Principe régissant le pouvoir discrétionnaire du juge d'accorder la suspension d'instance — Est-il approprié pour la Cour d'appel d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance? — Labour Relations Act, C.C.S.M., chap. L10, art. 75.1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la loi attaquée — Existe-t-il une présomption de constitutionnalité lorsqu'une loi est contestée en vertu de la Charte?

The Manitoba Labour Board (la Commission) était habilitée par *The Labour Relations Act* à imposer une première convention collective. Quand le syndicat a demandé à la Commission d'imposer une première convention collective, l'employeur a engagé devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba des procédures visant à faire déclarer la disposition conférant ce pouvoir invalide parce qu'elle contrevenait à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans le cadre de cette action, l'employeur a saisi la Cour du Banc de la Reine d'une requête pour obtenir une suspension des procédures devant la Commission en attendant que la question de la

collective agreement would be imposed if the parties failed to reach an agreement. The Manitoba Court of Appeal allowed the employer's appeal from the decision denying the stay order and granted a stay. At issue here are: (1) whether the Court of Appeal erred in failing to recognize a presumption of constitutional validity where legislation is challenged under the *Charter*; (2) what principles govern the exercise of a Superior Court Judge's discretionary power to order a stay of proceedings until the constitutionality of impugned legislation has been determined; and (3) whether the Court of Appeal's intervention in the motion judge's discretion was appropriate.

Held: The appeal should be allowed.

The innovative and evolutive character of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* conflicts with the presumption of constitutional validity in its literal meaning—that a legislative provision challenged on the basis of the *Charter* can be presumed to be consistent with the *Charter* and of full force and effect.

A stay of proceedings and an interlocutory injunction are remedies of the same nature and should be governed by the same rules. In order to better delineate the situations in which it is just and equitable to grant an interlocutory injunction, the courts currently apply three main tests.

The first test is a preliminary and tentative assessment of the merits of the case. The traditional way consists in asking whether the litigant who seeks the interlocutory injunction can make out a *prima facie* case. A more recent formulation holds that all that is necessary is to satisfy the court that there is a serious question to be tried as opposed to a frivolous or vexatious claim. The "serious question" test is sufficient in a case involving the constitutional challenge of a law where the public interest must be taken into consideration in the balance of convenience. The second test addresses the question of irreparable harm. The third test, called the balance of convenience, is a determination of which of the two parties will suffer the greater harm from the grant or refusal of an interlocutory injunction, pending a decision on the merits.

When one contrasts the uncertainty in which a court finds itself with respect to the merits of the constitution-

validité de la loi soit entendue. La requête fut rejetée. N'étant donc pas assujettie à une ordonnance de suspension, la Commission a fait savoir qu'une convention collective serait imposée si les parties n'en venaient pas à une entente. La Cour d'appel du Manitoba a accueilli l'appel formé par l'employeur contre la décision de refuser l'ordonnance de suspension et a accordé une suspension d'instance. Les questions en litige en l'espèce sont de savoir: (1) si la Cour d'appel a commis une erreur en ne reconnaissant pas l'existence d'une présomption de constitutionnalité lorsqu'une loi est contestée en vertu de la *Charte*; (2) quels principes régissent l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de cour supérieure d'ordonner une suspension d'instance en attendant que soit déterminée la constitutionnalité d'une loi dont on conteste la validité; et (3) si c'est à bon droit que la Cour d'appel est intervenue dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le caractère innovateur et évolutif de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'oppose à la présomption de constitutionnalité selon le sens littéral, savoir qu'une disposition législative attaquée en vertu de la *Charte* doit être présumée conforme à celle-ci et, en conséquence, pleinement opérante.

La suspension d'instance et l'injonction interlocutoire sont des redressements de même nature qui doivent être régies par les mêmes règles. Pour aider à mieux délimiter les situations dans lesquelles il est juste et équitable d'accorder une injonction interlocutoire, les tribunaux appliquent actuellement trois critères principaux.

Le premier critère revêt la forme d'une évaluation préliminaire et provisoire du fond du litige. La manière traditionnelle consiste à se demander si la partie qui demande l'injonction interlocutoire est en mesure d'établir une apparence de droit suffisante. Selon une formulation plus récente, il suffit de convaincre la cour de l'existence d'une question sérieuse à juger, par opposition à une réclamation futile ou vexatoire. Le critère de la «question sérieuse» suffit dans une affaire soulevant la constitutionnalité d'une loi quand l'intérêt public est pris en considération dans la détermination de la prépondérance des inconvénients. Le deuxième critère se penche sur la question du préjudice irréparable. Le troisième critère, celui de la prépondérance des inconvénients, consiste à déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse une injonction interlocutoire en attendant une décision sur le fond.

Quand on oppose l'incertitude dans laquelle un tribunal se trouve au stade interlocutoire relativement au

al challenge of a law at the interlocutory stage, with the sometimes far-reaching albeit temporary practical consequences of an interlocutory injunction, not only for the parties to the litigation but also for the public at large, it becomes evident that the courts ought not to be restricted to the traditional application of the balance of convenience.

It is thus necessary to weigh in the balance of convenience the public interest as well as the interest of the parties, and in cases involving interlocutory injunctions directed at statutory authorities, it is erroneous to deal with these authorities as if they had any interest distinct from that of the public to which they owe the duties imposed upon them by statute. Such is the rule even where there is a *prima facie* case against the enforcement agency, such as one which would require the coming into play of s. 1 of the *Charter*.

The granting of an interlocutory injunction generally works in one of two ways. Either the law enforcement agency is enjoined from enforcing the impugned provisions in all respects until the question of their validity has been finally determined, or the law enforcement agency is enjoined from enforcing the impugned provisions with respect to the specific litigant who requests the granting of a stay. In the first branch of the alternative, the operation of the impugned provisions is temporarily suspended for all practical purposes. Instances of this type can be referred to as suspension cases. In the second branch of the alternative, the litigant who is granted a stay is in fact exempted from the impugned legislation which, in the meanwhile, continues to operate with respect to others. Instances of this other type are called exemption cases. The rule of the public interest should not be interpreted as meaning that interlocutory injunctive relief will only be granted in exceptional or rare circumstances, at least in exemption cases when the impugned provisions are in the nature of regulations applicable to a relatively limited number of individuals and where no significant harm would be suffered by the public. On the other hand, the public interest normally carries greater weight in favour of compliance with existing legislation in suspension cases when the impugned provisions are broad and general and such as to affect a great many persons.

Finally, in cases where an interlocutory injunction issues in accordance with the above-stated principles, the parties should generally be required to abide by the dates of a preferential calendar.

Here, the motion judge applied the correct principles in taking into consideration the public interest and the

fond de la contestation constitutionnelle d'une loi et les conséquences pratiques parfois graves, quoique temporaires, qu'entraîne une injonction interlocutoire non seulement pour les parties au litige mais aussi pour le grand public, il devient évident que les tribunaux ne doivent pas se limiter à l'application traditionnelle de la prépondérance des inconvénients.

Il est donc nécessaire que l'intérêt public soit pris en considération dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients en même temps que l'intérêt des plaideurs privés, et dans les cas où il s'agit d'injonctions interlocutoires adressées à des organismes constitués en vertu d'une loi, c'est une erreur que d'agir à leur égard comme s'ils avaient un intérêt distinct de celui du public au bénéfice duquel ils sont tenus de remplir les fonctions que leur impose la loi. Telle est la règle, même s'il existe une apparence de droit suffisante contre l'organisme chargé de l'application de la loi, laquelle apparence nécessiterait le recours à l'article premier de la *Charte*.

Une injonction interlocutoire peut en général avoir deux effets. Elle peut interdire totalement à l'organisme chargé de l'application de la loi d'appliquer les dispositions attaquées en attendant une décision définitive sur la question de leur validité ou elle peut lui interdire d'appliquer les dispositions attaquées à l'égard de la partie qui a précisément demandé la suspension d'instance. Dans le premier volet de l'alternative, l'application des dispositions attaquées est en pratique temporairement suspendue. On peut appeler les cas de ce genre les cas de suspension. Dans le second volet de l'alternative, le plaideur qui se voit accorder une suspension d'instance bénéficie en réalité d'une exemption de l'application de la loi attaquée, laquelle demeure toutefois opérante à l'égard des tiers. On appelle les cas de cet autre genre des cas d'exemption. On ne doit pas interpréter la règle de l'intérêt public comme signifiant qu'une injonction interlocutoire ne sera accordée que dans des cas rares ou exceptionnels, du moins dans les cas d'exemption où les dispositions attaquées revêtent la forme de règlement applicable à un nombre relativement limité de personne et lorsqu'aucun préjudice appréciable n'est subi par le public. D'un autre côté, l'intérêt public commande normalement davantage le respect de la législation existante dans les cas de suspension lorsque les dispositions contestées sont de portée large et générale et touchent un grand nombre de personnes.

Finalement, dans les cas où une injonction interlocutoire est accordée en conformité avec les principes énoncés ci-dessus, les parties devraient généralement être tenues de respecter un calendrier spécial.

En l'espèce, le juge des requêtes a appliqué les principes appropriés en tenant compte de l'intérêt public et de

inhibitory impact of a stay of proceedings upon the Board, in addition to its effect upon the parties. The Court of Appeal was not justified in substituting its discretion for that of the motion judge: the emergence of new facts after the judgment of first instance must be of such a nature as to substantially affect the decision of the motion judge in order to justify a Court of Appeal to exercise a fresh discretion.

Cases Cited

Disapproved: *Home Oil Distributors Ltd. v. Attorney-General for British Columbia*, [1939] 1 D.L.R. 573; **considered:** *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504; *Morgentaler v. Ackroyd* (1983), 42 O.R. 659; *Société de développement de la Baie James c. Chef Robert Kanatewat*, [1975] C.A. 166; *Procureur général du Québec c. Lavigne*, [1980] C.A. 25, reversing [1980] C.S. 318; *Campbell Motors Ltd. v. Gordon*, [1946] 4 D.L.R. 36; *Law Society of Alberta v. Black* (1984), 8 D.L.R. (4th) 346, dismissing (1983), 144 D.L.R. (3d) 439; **referred to:** *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 145 D.L.R. (3d) 638; *Black v. Law Society of Alberta*, [1986] 3 W.W.R. 590, leave to appeal granted [1986] 1 S.C.R. x; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Boeckh v. Gowganda-Queen Mines, Ltd.* (1912), 6 D.L.R. 292; *Battle Creek Toasted Corn Flake Co. v. Kellogg Toasted Corn Flake Co.* (1923), 55 O.L.R. 127; *Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association*, Ont. Div. Ct., January 17, 1979, Galligan, Van Camp and Henry JJ. (unreported); *Daciuk v. Manitoba Labour Board*, Man. Q.B., June 25, 1985, Dureault J. (unreported); *Metropolitan Toronto School Board v. Minister of Education* (1985), 6 C.P.C. (2d) 281; *Chesapeake and Ohio Railway Co. v. Ball*, [1953] O.R. 843; *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, [1985] 1 S.C.R. 2; *Weisfeld v. R.* (1985), 16 C.R.R. 24; *Turmel v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission* (1985), 16 C.R.R. 9; *Marchand v. Simcoe County Board of Education* (1984), 10 C.R.R. 169; *Gould v. Attorney General of Canada*, [1984] 2 S.C.R. 124, aff. [1984] 1 F.C. 1133, setting aside [1984] 1 F.C. 1119; *Cayne v. Global Natural Resources plc.*, [1984] 1 All E.R. 225; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575;

l'effet inhibitif d'une suspension d'instance sur la Commission, en plus de son effet sur les parties. Rien ne justifiait la Cour d'appel de substituer son jugement à celui du juge de première instance: pour qu'ils justifient qu'une cour d'appel exerce un nouveau pouvoir discrétionnaire, les faits nouveaux qui émergent après le prononcé du jugement de première instance doivent être de telle nature qu'ils aient un effet appréciable sur la décision du juge de première instance.

b Jurisprudence

Arrêt critiqué: *Home Oil Distributors Ltd. v. Attorney-General for British Columbia*, [1939] 1 D.L.R. 573; **arrêts examinés:** *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504; *Morgentaler v. Ackroyd* (1983), 42 O.R. 659; *Société de développement de la Baie James c. Chef Robert Kanatewat*, [1975] C.A. 166; *Procureur général du Québec c. Lavigne*, [1980] C.A. 25, infirmant [1980] C.S. 318; *Campbell Motors Ltd. v. Gordon*, [1946] 4 D.L.R. 36; *Law Society of Alberta v. Black* (1984), 8 D.L.R. (4th) 346, rejetant (1983), 144 D.L.R. (3d) 439; **arrêts mentionnés:** *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 145 D.L.R. (3d) 638; *Black v. Law Society of Alberta*, [1986] 3 W.W.R. 590, autorisation de pourvoi accordée [1986] 1 R.C.S. x; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Boeckh v. Gowganda-Queen Mines, Ltd.* (1912), 6 D.L.R. 292; *Battle Creek Toasted Corn Flake Co. v. Kellogg Toasted Corn Flake Co.* (1923), 55 O.L.R. 127; *Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association*, Cour div. Ont., 17 janvier 1979, les juges Galligan, Van Camp et Henry (inédit); *Daciuk v. Manitoba Labour Board*, B.R. Man., 25 juin 1985, le juge Dureault (inédit); *Metropolitan Toronto School Board v. Minister of Education* (1985), 6 C.P.C. (2d) 281; *Chesapeake and Ohio Railway Co. v. Ball*, [1953] O.R. 843; *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2; *Weisfeld c. R.* (1985), 16 C.R.R. 24; *Turmel c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes* (1985), 16 C.R.R. 9; *Marchand v. Simcoe County Board of Education* (1984), 10 C.R.R. 169; *Gould c. Procureur général du Canada*, [1984] 2 R.C.S. 124, conf. [1984] 1 C.F. 1133, infirmant [1984] 1 C.F. 1119; *Cayne v. Global Natural Resources plc.*, [1984] 1 All E.R. 225; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575; *Paci-*

Pacific Trollers Association v. Attorney General of Canada, [1984] 1 F.C. 846; *Attorney General of Canada v. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 F.C. 791; *Smith v. Inner London Education Authority*, [1978] 1 All E.R. 411; *Ontario Jockey Club v. Smith* (1922), 22 O.W.N. 373; *Bregzis v. University of Toronto* (1986), 9 C.C.E.L. 282; *Vancouver General Hospital v. Stoffman* (1985), 23 D.L.R. (4th) 146; *Rio Hotel Ltd. v. Liquor Licensing Board*, [1986] 2 S.C.R. ix; *Home Oil Distributors Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1940] S.C.R. 444; *Société Asbestos Ltée c. Société nationale de l'amiante*, [1979] C.A. 342; *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board*, [1983] 2 All E.R. 770.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation, S.Q. 1979, c. 72.
Canada Elections Act, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14, s. 14(4)(e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), (b), (d), 3, 6(2), 7, 15, 23, 24, 32(2).
Coal and Petroleum Products Control Board Act, S.B.C. 1937, c. 8.
Code of Civil Procedure, art. 751, 752.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92, 93, 133.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251.
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14.
Hospital Act, R.S.B.C. 1979, c. 176.
Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 9(a).
James Bay Region Development Act, S.Q. 1971, c. 34.
Labour Relations Act, C.C.S.M., c. L10, s. 75.1, enacted by S.M. 1984-85, c. 21, s. 37.
National Emergency Transitional Powers Act, 1945, S.C. 1945, c. 25, s. 2(1)(c).
Pacific Commercial Salmon Fishery Regulations, C.R.C. 1978, c. 823.
Supreme Court of Judicature Act, 1873, 36 & 37 Vict., c. 66, ss. 24, 25.

Authors Cited

Carlson, Patricia. "Granting an Interlocutory Injunction: What is the Test?" (1982), 12 *Man. L.J.* 109.
 Côté, Pierre-André. "La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés," dans *La Charte canadienne des droits et libertés: Concepts et impacts*. Montréal: Les Éditions Thémis, 1984.
 Gibson, Dale. *The Law of the Charter: General Principles*. Calgary: Carswells, 1986.
Halsbury's Laws of England, vol. 24, 4th ed. London: Butterworths, 1979.

fic Trollers Association c. Procureur général du Canada, [1984] 1 C.F. 846; *Procureur général du Canada c. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 C.F. 791; *Smith v. Inner London Education Authority*, [1978] 1 All E.R. 411; *Ontario Jockey Club v. Smith* (1922), 22 O.W.N. 373; *Bregzis v. University of Toronto* (1986), 9 C.C.E.L. 282; *Vancouver General Hospital v. Stoffman* (1985), 23 D.L.R. (4th) 146; *Rio Hotel Ltd. c. Commission des licences et permis d'alcool*, [1986] 2 R.C.S. ix; *Home Oil Distributors Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1940] R.C.S. 444; *Société Asbestos Ltée c. Société nationale de l'amiante*, [1979] C.A. 342; *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board*, [1983] 2 All E.R. 770.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), b), d), 3, 6(2), 7, 15, 23, 24, 32(2).
Coal and Petroleum Products Control Board Act, S.B.C. 1937, chap. 8.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251.
Code de procédure civile, art. 751, 752.
Code des droits de la personne 1981, S.O. 1981, chap. 53, art. 9a).
Hospital Act, R.S.B.C. 1979, chap. 176.
Labour Relations Act, C.C.S.M., chap. L10, art. 75.1, adopté par S.M. 1984-85, chap. 21, art. 37.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, 93, 133.
Loi de 1945 sur les pouvoirs transitoires résultant de circonstances critiques nationales, S.C. 1945, chap. 25, art. 2(1)c).
Loi du développement de la région de la Baie James, L.Q. 1971, chap. 34.
Loi électorale du Canada, S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), chap. 14, art. 14(4)e).
Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives, L.Q. 1979, chap. 72.
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14.
Règlement de pêche commerciale du saumon dans le Pacifique, C.R.C. 1978, chap. 823.
Supreme Court of Judicature Act, 1873, 36 & 37 Vict., chap. 66, art. 24, 25.

Doctrine citée

Carlson, Patricia. «Granting an Interlocutory Injunction: What is the Test?» (1982), 12 *Man. L.J.* 109.
 Côté, Pierre-André. «La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés,» dans *La Charte canadienne des droits et libertés: Concepts et impacts*. Montréal: Les Éditions Thémis, 1984.
 Gibson, Dale. *The Law of the Charter: General Principles*. Calgary: Carswells, 1986.
Halsbury's Laws of England, vol. 24, 4th ed. London: Butterworths, 1979.

Hanbury, Harold Grenville and Ronald Harling Maudsley. *Modern Equity*, 12th ed. By Jill E. Martin. London: Stevens & Sons, 1985.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

Magnet, Joseph Eliot. "Jurisdictional Fact, Constitutional Fact and the Presumption of Constitutionality" (1980), 11 *Man. L.J.* 21.

McLeod, Roderick M., et al., eds. *The Canadian Charter of Rights: The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences*, vol. 1. Toronto: Carswells, 1983.

Rogers, Brian MacLeod and George W. Hatley. "Getting the Pre-Trial Injunction" (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 1.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Book, 1983.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1985), 37 *Man. R.* (2d) 181, ordering a stay of proceedings pending disposition of a constitutional challenge and allowing an appeal from a decision of Krindle J. (1985), 36 *Man. R.* (2d) 152, denying an application for a stay of proceedings before The Manitoba Labour Board. Appeal allowed.

Stuart Whitley and Valerie J. Matthews-Lemieux, for the appellant.

Walter L. Ritchie, Q.C., and *Robin Kersey*, for the respondent Metropolitan Stores (MTS) Limited.

A. R. McGregor, Q.C., and *D. M. Shrom*, for the respondent the Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832.

David Gisser, for the respondent The Manitoba Labour Board.

The judgment of the Court was delivered by

BEETZ J.—

I The Facts, the Proceedings and the Judgments of the Courts Below

The facts are not in dispute. Here is how the Manitoba Court of Appeal (1985), 37 *Man. R.* (2d) 181, described them at p. 181:

Under the terms of the *Labour Relations Act*, C.C.S.M., c. L-10, there is provision allowing the

Hanbury, Harold Grenville and Ronald Harling Maudsley. *Modern Equity*, 12th ed. By Jill E. Martin. London: Stevens & Sons, 1985.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

^a Magnet, Joseph Eliot. «Jurisdictional Fact, Constitutional Fact and the Presumption of Constitutionality» (1980), 11 *Man. L.J.* 21.

McLeod, Roderick M., et al., eds. *The Canadian Charter of Rights: The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences*, vol. 1. Toronto: Carswells, 1983.

Rogers, Brian MacLeod and George W. Hatley. «Getting the Pre-Trial Injunction» (1982), 60 *R. du B. can.* 1.

^c Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Book, 1983.

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1985), 37 *Man. R.* (2d) 181, qui a ordonné la suspension d'instance en attendant une décision sur une contestation constitutionnelle et qui a accueilli un appel interjeté d'une décision du juge Krindle (1985), 36 *Man. R.* (2d) 152, rejetant une demande de suspension des procédures devant The Manitoba Labour Board. Pourvoi accueilli.

Stuart Whitley et Valerie J. Matthews-Lemieux, pour l'appelant.

^f *Walter L. Ritchie, c.r.*, et *Robin Kersey*, pour l'intimée Metropolitan Stores (MTS) Limited.

^g *A. R. McGregor, c.r.*, et *D. M. Shrom*, pour l'intimé le Manitoba Food and Commercial Workers, section locale 832.

David Gisser, pour l'intimée The Manitoba Labour Board.

^h Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BEETZ—

i I Les faits, la procédure et les jugements des tribunaux d'instance inférieure

^j Les faits ne font l'objet d'aucune contestation. La Cour d'appel du Manitoba (1985), 37 *Man. R.* (2d) 181, les relate ainsi à la p. 181:

[TRADUCTION] *The Labour Relations Act*, C.C.S.M., chap. L10, contient une disposition qui autorise The

Manitoba Labour Board to impose a first collective agreement upon the employer and the union, in circumstances where bargaining for a first contract has not been fruitful. In this particular case the respondent union is the certified bargaining agent, but has not been successful in negotiating a first collective agreement with the appellant employer. The union applied to have the Manitoba Labour Board impose a first contract.

The employer then commenced proceedings, by way of originating notice of motion in the Manitoba Court of Queen's Bench, to have those provisions of the *Labour Relations Act* under which a first collective agreement might be imposed, declared invalid, as contravening the *Charter of Rights and Freedoms*. Within the framework of that action, the employer then applied by way of motion for an order to stay the Manitoba Labour Board until such time as the issue as to the validity of the legislation might be heard by a judge of the Court of Queen's Bench. The motion for a stay was denied by Krindle, J. (see 36 Man. R. (2d) 152). The board, unfettered by a stay order, then indicated that if the parties failed to conclude a first collective agreement through further negotiations by September 25, 1985, the board would proceed to impose a first contract upon the parties within 30 days thereafter.

The employer launched an appeal from the decision of Krindle J. refusing a stay order. The Manitoba Court of Appeal allowed the appeal and granted a stay.

The reasons of Krindle J. (1985), 36 Man. R. (2d) 152, for refusing a stay read in part as follows at pp. 153-54:

The employer argues that the granting of a stay will maintain the status quo between the parties until the constitutional challenge has been dealt with. I cannot accept that argument. The entire notion of maintaining a status quo in these circumstances is fanciful. As of the date of the application for certification there were 22 employees in the unit. At the date this matter came to Court, only five of the original 22 continued to be employed. The industry in question is a high turn-over one with no history at all of trade union involvement. At some point the union was able to gain the support of a majority of the 22. Nine employees wrote in letters opposing the certification of the union.

Manitoba Labour Board [ci-après «la Commission»] à imposer une première convention collective à un employeur et à un Syndicat lorsque les négociations en vue d'une première convention se sont révélées infructueuses. Dans le cas présent, le syndicat intimé est l'agent négociateur accrédité, mais il n'a pas réussi à conclure une première convention collective avec l'employeur appelant. Le syndicat a donc demandé à la Commission d'imposer une première convention.

L'employeur a alors engagé, par voie d'avis de requête introductif d'instance, une procédure devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba visant à faire déclarer les dispositions de *The Labour Relations Act* qui permettent d'imposer une première convention collective invalides pour le motif qu'elles contrevenaient à la *Charte des droits et libertés*. Dans le cadre de cette action, l'employeur a ensuite présenté une requête pour obtenir une suspension d'instance devant la Commission en attendant que la question de la validité de la loi puisse être entendue par un juge de la Cour du Banc de la Reine. Cette requête a été rejetée par le juge Krindle (voir 36 Man. R. (2d) 152). La Commission, n'étant pas assujettie à une ordonnance de suspension, a fait savoir aux parties que, si de nouvelles négociations n'aboutissaient pas à un accord d'ici le 25 septembre 1985, elle leur imposerait une première convention collective dans les trente jours de cette date.

L'employeur a porté en appel la décision du juge Krindle refusant d'accorder une ordonnance de suspension. La Cour d'appel du Manitoba a accueilli l'appel et a accordé la suspension.

Voici en partie les raisons qui ont amené le juge Krindle (1985), 36 Man. R. (2d) 152, à refuser la suspension, aux pp. 153 et 154:

[TRADUCTION] L'employeur soutient que la suspension, si elle est accordée, permettra de maintenir le statu quo entre les parties en attendant que la question constitutionnelle soit tranchée. Je ne puis retenir cet argument. Dans les présentes circonstances, la notion même du maintien du statu quo est irréaliste. À la date de la demande d'accréditation, l'unité comptait vingt-deux employés. Lorsque l'affaire est parvenue devant cette Cour, seulement cinq de ces vingt-deux employés y étaient encore. L'industrie en question a un taux de roulement élevé et elle est toujours restée en dehors du mouvement syndical. À un moment donné, le Syndicat a pu néanmoins obtenir le soutien de la majorité des vingt-deux employés. Neuf ont écrit des lettres exprimant leur opposition à l'accréditation du Syndicat.

We are not here looking to a strong base of support that can withstand lengthy periods of having the union appear to do nothing whatsoever for these people. It is acknowledged by both counsel that this case may well have to wend its way up to the Supreme Court of Canada for final resolution, a matter which will take years. Considering the high turn-over rate in the unit and the lack of union tradition in the unit, it seems to me to be self evident that the protracted failure of the union to accomplish anything for the employees in the unit virtually guarantees an erosion of support for the bargaining agent. The right of 55% of the employees within the unit to compel [*sic*] decertification of the bargaining agent, the right of another union to apply for certification on behalf of those employees, are rights not affected by the stay of proceedings. The status quo cannot be frozen. Attempts to freeze it will prejudice the position of the union.

The employer argues that the imposition of a first contract may prejudice the position of the employer. It may give to the union a semblance of bargaining strength which the union does not in fact possess. It may permit the union to benefit from a contract which, left to its own devices, it could not have successfully negotiated. That, however, was the object of the legislation

Counsel for the employer also raises concern about the contents of the agreement to be imposed. The unit in question is situate in a mall on an Indian Reservation outside The Pas. The terms of the lease between the employer and the owner of the shopping mall contain a provision regarding the employment of a certain minimum percentage of Indian people. That requirement may cause problems if the usual seniority clauses present in most agreements are simply rubber stamped into this first agreement. It may well be that the traditional seniority provisions will have to be modified somewhat in this case to accommodate the requirements of the lease. Surely, though, that is a matter to be brought to the attention of the Board during the course of the Board's hearings into settling the terms of the agreement. I cannot imagine that the Board would fail to give consideration to such a problem in arriving at those terms.

It would seem to me that the granting of a stay in this case would invite the granting of stays in most other cases of applications for first agreements or applications involving the mandatory inclusion of sections within negotiated agreements. In effect, for a two or three year

Il n'existe pas en l'espèce un appui solide pouvant tenir pendant de longues périodes au cours desquelles le Syndicat paraît ne rien faire du tout pour ces gens. Les deux avocats conviennent que le litige pourra bien devoir être porté jusque devant la Cour suprême du Canada pour son règlement définitif, ce qui prendra des années. Compte tenu du taux de roulement élevé et du manque d'une tradition syndicale dans l'unité de négociation, il me semble évident que, si le Syndicat reste longtemps sans accomplir quoi que ce soit pour les employés composant cette unité, l'érosion de l'appui dont jouit l'agent négociateur est une quasi-certitude. Le droit de 55 p. 100 des employés au sein de l'unité de forcer la révocation de l'accréditation syndicale et le droit de tout autre syndicat de demander l'accréditation au nom de ces employés sont des droits auxquels la suspension d'instance ne portera pas atteinte. Il est impossible de maintenir le statu quo en l'espèce. Toute tentative de le faire nuira à la position du Syndicat.

L'employeur pour sa part prétend que sa situation pourrait être affaiblie si une première convention collective était imposée. Cela pourrait conférer au syndicat une apparence de force de négociation qu'il ne possède pas en réalité. Cela pourrait permettre au Syndicat de bénéficier d'un contrat qu'il n'aurait pas pu réussir à négocier par lui-même. C'était toutefois là l'objet de la loi

L'avocat de l'employeur soulève en outre des questions concernant la teneur de la convention devant être imposée. L'unité de négociation en cause se trouve dans un centre commercial sur une réserve indienne en dehors de Le Pas. Le bail intervenu entre l'employeur et le propriétaire du centre commercial contient une disposition relative à l'embauche d'un pourcentage minimum d'Indiens. Cette exigence peut créer des problèmes si les clauses habituelles en matière d'ancienneté qui figurent dans la plupart des conventions collectives sont simplement incorporées telles quelles dans la première convention. Il se peut bien que les dispositions traditionnelles relatives à l'ancienneté doivent être légèrement modifiées dans le cas présent pour assurer le respect des exigences du bail. Mais cela est certainement un point à soulever devant la Commission au cours des audiences en vue d'arrêter les termes de la convention. Je ne puis concevoir que la Commission omette de prendre ce problème en considération en fixant ces termes.

Il me semble qu'accorder une suspension en l'espèce constituerait une invitation à en faire autant dans la plupart des autres cas de demandes de première convention ou de demandes visant à obtenir l'inclusion obligatoire de certains articles dans des conventions négociées.

period, prior to any finding of invalidity of those sections, their operation would be suspended, suspended in circumstances where the status quo cannot, practically speaking, be maintained.

In my opinion, in both the circumstances of this particular case and more generally, the balance of convenience favours proceeding as though the sections were valid unless and until the contrary is found.

In reviewing the decision of the learned motion judge, the Manitoba Court of Appeal did not make any finding that Krindle J. was in error in concluding that stay ought to be refused, or that she had declined to exercise her discretion or had acted on a wrong principle in exercising her discretion. The Court of Appeal, at pp. 181-83, exercised fresh discretion based on additional considerations which, in its view, were not before the motion judge:

The appeal first came before this court on September 10, 1985 before a panel consisting of Matas, Huband and Philp, J.J.A. Before any hearing took place on the merits of the appeal, the court adjourned for a few moments, consulted with Court of Queen's Bench authorities as to the prospect of an earlier date for a hearing in the Queen's Bench of the employer's attack on the legislation, resumed the hearing and informed counsel that one day could be set aside for such a hearing on September 25, 1985. This would enable a hearing on the validity of the legislation to take place before any collective agreement could possibly be imposed. Counsel for employer, union and the Manitoba Labour Board, agreed to the September 25th hearing date . . .

It was understood by all concerned that the one-day hearing would proceed on September 25th. On that date counsel appeared before Glowacki, J., of the Court of Queen's Bench, but in addition, counsel representing the Canadian Labour Congress also appeared, requesting permission to intervene. Glowacki, J., was advised by counsel for the C.L.C. that it wished to present a considerable amount of evidence relative to the question which might arise as to whether the impugned legislation is a reasonable limit "prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society" in accordance with s. 1 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

En réalité, pendant une durée de deux ou trois ans avant que ces articles ne puissent être jugés invalides, leur application serait suspendue, et ce, dans des circonstances où il est pratiquement impossible de maintenir le statu quo.

a

À mon avis, dans la situation qui se présente en l'espèce et d'une manière plus générale, selon la prépondérance des inconvénients, il convient de faire comme si les articles étaient valides tant qu'on n'aura pas déterminé que ce n'est pas le cas.

b

En révisant la décision de première instance, la Cour d'appel du Manitoba n'a pas dit que le juge Krindle avait eu tort de conclure qu'il y avait lieu de ne pas accorder de suspension, ni qu'elle avait refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire, ni qu'elle avait appliqué un principe erroné dans l'exercice de ce pouvoir. De fait, la Cour d'appel aux pp. 181 à 183 a exercé un nouveau pouvoir discrétionnaire en se fondant sur des données supplémentaires qui, selon elle, n'avaient pas été présentées au juge de première instance:

c

d

[TRADUCTION] L'appel est parvenu devant cette cour pour la première fois le 10 septembre 1985, devant les juges Matas, Huband et Philp. Avant que l'appel ne soit entendu au fond, la cour a levé la séance pendant quelques minutes et a consulté les autorités de la Cour du Banc de la Reine sur la possibilité d'avancer la date d'audition devant cette dernière, relativement à l'attaque de l'employeur contre la loi. À la reprise de la séance, la cour a informé les avocats que la journée du 25 septembre 1985 pourrait être réservée à une telle audition. Cela permettrait que la question de la validité de la loi soit débattue avant qu'une convention collective ne puisse être imposée. Les avocats de l'employeur, du Syndicat et de la Commission se sont entendus sur le 25 septembre comme date d'audition . . .

e

f

g

Tous les intéressés ont bien compris que l'audition d'une durée d'une journée se tiendrait le 25 septembre. Ce jour-là, les avocats se sont présentés devant le juge Glowacki de la Cour du Banc de la Reine; mais l'avocat du Congrès du travail du Canada en a aussi fait de même en demandant l'autorisation d'intervenir. L'avocat du C.T.C. a fait savoir au juge Glowacki que le Congrès désirait produire une quantité considérable de preuves portant sur la question potentielle de savoir si la loi attaquée constituait une restriction raisonnable qui est prescrite par une «règle de droit» et «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique» au sens de l'article premier de la *Charte des droits et libertés*.

h

i

j

Instead of the planned one-day hearing, a hearing of several days' duration was envisaged. Instead of the matter proceeding on September 25th, Glowacki, J., fixed a hearing date for some time in December 1985.

Once again the prospect of a collective agreement being imposed before a hearing to determine the validity of the legislation became real. Counsel for the employer immediately requested a hearing in this court on the appeal from the order of Krindle, J., denying the stay order which had been adjourned *sine die* on September 10th. The present panel heard the appeal on the afternoon of September 25th.

At the conclusion of that hearing, it was suggested to counsel for the Manitoba Labour Board, that in order to expedite matters and obtain a decision on the validity of the legislation, it was open to the Manitoba Labour Board to direct a reference to this court. We are informed that there are other cases besides this one where provisions of the *Labour Relations Act* are under attack as violating the *Charter*, and it was suggested that these matters might also be resolved by way of a direct reference to this court. We have now been informed however that the board "... will not, at this time, be requesting a reference to the Court of Appeal pursuant to the *Labour Relations Act*".

By its originating notice of motion, the employer raises a serious challenge to the constitutional validity of various sections of the *Labour Relations Act*. As previously noted, other provisions in the *Act* are under attack in other litigation. When Krindle, J., denied the initial request for a stay order, she was not made aware of either the proposed new intervention in this case by the Canadian Labour Congress, nor the other challenges to the *Act*, based upon the *Charter* in other litigation.

There is also a new factor, in that the merits of the attack on the legislation could have been expedited in the Court of Queen's Bench, and a hearing to determine the validity of the impugned sections could have taken place in late September, but for the intervention of the Canadian Labour Congress.

In short, this is no longer a matter where this court is reviewing a discretionary order made by the learned motions judge. Additional considerations affecting the

Au lieu de l'audition d'une journée qui avait été prévue, on envisageait maintenant une audition qui durerait plusieurs jours. Au lieu d'entendre l'affaire le 25 septembre, le juge Glowacki a fixé une date d'audition au cours du mois de décembre 1985.

Une fois de plus, il existait une possibilité réelle qu'une convention collective soit imposée avant la tenue d'une audition pour déterminer la validité de la loi en cause. L'avocat de l'employeur a immédiatement demandé à cette cour d'entendre l'appel interjeté contre l'ordonnance du juge Krindle refusant la suspension, appel qui avait été ajourné *sine die* le 10 septembre. La formation actuelle a entendu l'appel le 25 septembre en après-midi.

À la fin de cette audition, on a dit à l'avocat de la Commission que, pour accélérer les choses et pour obtenir une décision sur la validité de la loi, la Commission pouvait renvoyer l'affaire à cette cour. On nous informe qu'en plus de la présente instance il y en a d'autres où des dispositions *The Labour Relations Act* sont attaquées parce qu'elles contreviendraient à la *Charte*, et, a-t-on prétendu, ces questions pourraient également être résolues par voie d'un renvoi direct devant cette cour. Nous avons cependant appris que la Commission « ... n'entend pas, pour le moment, demander un renvoi devant la Cour d'appel en vertu de *The Labour Relations Act* ».

Par son avis de requête introductif d'instance, l'employeur soulève une question sérieuse relativement à la constitutionnalité de plusieurs articles de *The Labour Relations Act*. Comme je l'ai déjà fait remarquer, d'autres dispositions de la Loi sont attaquées dans d'autres litiges. Quand le juge Krindle a rejeté la demande initiale d'ordonnance de suspension, elle ignorait l'intervention envisagée en l'espèce par le Congrès du travail du Canada de même que l'existence d'autres litiges dans lesquels la Loi faisait l'objet de contestations fondées sur la *Charte*.

Il y a en outre un nouvel élément en ce sens que la Cour du Banc de la Reine aurait pu rendre plus rapidement une décision au fond relativement à la contestation portant sur la loi, et une audience visant à déterminer la validité des articles attaqués aurait pu avoir lieu à la fin de septembre, n'eût été l'intervention du Congrès du travail du Canada.

En bref, il ne s'agit plus d'une affaire où cette cour se trouve à réviser une ordonnance rendue par le savant juge des requêtes dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. D'autres considérations touchant l'exercice du pouvoir discrétionnaire ont maintenant été soulevées, si

exercise of discretion have now been raised, allowing this court to exercise a fresh discretion.

In our view it would be unwise to permit the Manitoba Labour Board to impose a new first contract and then some few months later to find the legislation set aside as unconstitutional as being contrary to the *Charter*.

A stay is therefore granted, with costs in the cause. We urge that the parties proceed with a hearing on the merits of the employer's motion with dispatch.

In allowing the appeal, the Manitoba Court of Appeal ordered that:

all proceedings before the Manitoba Labour Board relating to the application for settlement of a first collective agreement between the Applicant and the Respondent Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832, pursuant to Section 75.1 of *The Labour Relations Act* (Case No. 586/85/LRA), be stayed until after this action has been heard and determined by the Court of Queen's Bench, or further Order of this Court.

It is from this interlocutory order that the Attorney General is appealing by leave of this Court. He is supported by the Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832, (the "Union") and by The Manitoba Labour Board, (the "Board").

II The Issues

The points in issue, according to appellant's factum, are as follows:

1. Did the Manitoba Court of Appeal err in failing to recognize that a presumption of constitutional validity continues to exist where legislation is being challenged on the basis of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Did the Manitoba Court of Appeal err in exercising its discretionary power to grant a stay of proceedings until the constitutional validity of section 75.1 of *The Labour Relations Act*, C.C.S.M., c. L10 has been determined, since the effect of the stay is to render the legislation inoperative?
3. Did the Manitoba Court of Appeal err when it interfered with the exercise of the trial Judge's discretion in refusing to grant a stay of proceedings?

bien que la cour est autorisée à exercer un nouveau pouvoir discrétionnaire.

Selon nous, il ne serait pas sage de permettre que la Commission impose une première convention collective alors que la loi en cause pourrait quelques mois plus tard être déclarée contraire à la *Charte* et, partant, inconstitutionnelle.

La suspension est donc accordée et les dépens suivront l'issue de la cause. Nous engageons les parties à procéder promptement à une audience sur le fond de la requête de l'employeur.

La Cour d'appel du Manitoba a accueilli l'appel et a ordonné:

[TRADUCTION] que toutes les procédures engagées devant la Commission relativement à la demande de règlement d'une première convention collective entre la requérante et l'intimé, Manitoba Food and Commercial Workers, section locale 832, fondée sur l'art. 75.1 de *The Labour Relations Act* (affaire n° 586/85/LRA), soient suspendues jusqu'à ce que la présente action ait été entendue et tranchée par la Cour du Banc de la Reine ou sous réserve d'une autre ordonnance de cette cour.

C'est contre cette ordonnance interlocutoire que le procureur général a formé un pourvoi avec l'autorisation de cette Cour. Il est appuyé par le Manitoba Food and Commercial Workers, section locale 832 (le «Syndicat») et par The Manitoba Labour Board (la «Commission»).

II Les questions en litige

D'après le mémoire de l'appellant, les points en litige sont les suivants:

- [TRADUCTION]
1. La Cour d'appel du Manitoba a-t-elle commis une erreur en ne reconnaissant pas qu'une présomption de constitutionnalité subsiste lorsqu'une loi fait l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 2. Étant donné qu'une suspension a pour effet de rendre la loi inopérante, la Cour d'appel du Manitoba a-t-elle commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire de manière à accorder la suspension d'instance en attendant une décision sur la constitutionnalité de l'art. 75.1 de *The Labour Relations Act*, C.C.S.M., chap. L10?
 3. La Cour d'appel du Manitoba a-t-elle commis une erreur en modifiant la décision du juge de première instance qui avait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refusé d'accorder la suspension d'instance?

4. Did the Manitoba Court of Appeal apply proper legal principles when it decided that proceedings before a quasi-judicial tribunal; namely, a labour board constituted under provincial legislation, should be stayed?

The first issue stated by the appellant is related to the existence of a so-called presumption of constitutional validity of a law when challenged under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and will be dealt with first:

The second and fourth issues essentially address the same question: in a case where the constitutionality of a legislative provision is challenged, what principles govern the exercise by a Superior Court judge of his discretionary power to order a stay of proceedings until it has been determined whether the impugned provision is constitutional? This issue arises not only in *Charter* cases but also in other constitutional cases and I propose to review some cases dealing with the distribution of powers between Parliament and the legislatures and some administrative law decisions having to do with the *vires* of delegated legislation: as I read those cases, there is no essential difference between this type of cases and the *Charter* cases in so far as the principles governing the grant of interlocutory injunctive relief are concerned.

Finally, the third issue raises the question of the appropriateness of the Court of Appeal's intervention in the motion judge's discretion; it will be examined in the last part of this judgment.

III The Canadian Charter of Rights and Freedoms and the So-called Presumption of Constitutional Validity

According to the appellant, the Manitoba Court of Appeal erred in granting a stay of the proceedings since it failed "to recognize that a presumption of constitutional validity continues to exist

4. La Cour d'appel du Manitoba a-t-elle appliqué les principes de droit appropriés quand elle a décidé que des procédures devant un tribunal quasi judiciaire, en l'occurrence une commission des relations de travail constituée en vertu d'une loi provinciale, devaient être suspendues?

La première question formulée par l'appellant se rapporte à l'existence d'une prétendue présomption de constitutionnalité dans le cas d'une loi dont la validité est contestée en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*; j'aborderai cette question en premier.

Les deuxième et quatrième questions se ramènent essentiellement au même point: lorsque la constitutionnalité d'une disposition législative est contestée, quels sont les principes que doit suivre un juge de la cour supérieure dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'ordonner la suspension d'instance en attendant une décision sur la constitutionnalité de la disposition attaquée? Cette question se pose non seulement dans les affaires relevant de la *Charte* mais aussi dans d'autres affaires constitutionnelles et je me propose d'examiner certaines décisions portant sur le partage des pouvoirs entre le Parlement et les législatures ainsi que quelques décisions de droit administratif concernant la validité de la législation déléguée. Selon mon interprétation de cette jurisprudence, il n'existe, du point de vue des principes applicables au redressement sous forme d'injonction interlocutoire, aucune différence fondamentale entre ce type d'affaires et celles relevant de la *Charte*.

Finalement, le point soulevé par la troisième question est de savoir si la Cour d'appel était justifiée de modifier la décision prise par le juge de première instance dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cette question sera étudiée dans la dernière partie des présents motifs.

III La Charte canadienne des droits et libertés et la prétendue présomption de constitutionnalité

Selon l'appellant, la Cour d'appel du Manitoba a eu tort d'accorder la suspension d'instance parce qu'elle n'a pas reconnu [TRADUCTION] «qu'une présomption de constitutionnalité subsiste lors-

where legislation is being challenged on the basis of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*”.

I should state at the outset that, while I have reached the conclusion that the appeal ought to be allowed, it is not on account of what the appellant calls a presumption of constitutional validity.

We have not been told much about the nature, weight, scope and meaning of that presumption. For lack of a better definition, I must assume that the so-called presumption means exactly what it says, namely, that a legislative provision challenged on the basis of the *Charter* must be presumed to be consistent with the *Charter* and of full force and effect.

Not only do I find such a presumption not helpful, but, with respect, I find it positively misleading. If it is a presumption strictly so-called, surely it is a rebuttable one. Otherwise a stay of proceedings could never be granted. But to say that the presumption is rebuttable is to open the way for a rebuttal. This in its turn involves a consideration of the merits of the case which is generally not possible at the interlocutory stage.

A reason of principle related to the character of the *Charter* also persuades me to dismiss the appellant's submission based on the presumption of constitutional validity. Even when one has reached the merits, there is no room for the presumption of constitutional validity within the literal meaning suggested above: the innovative and evolutive character of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* conflicts with the idea that a legislative provision can be presumed to be consistent with the *Charter*.

As was said by Lamer J., speaking for himself and five other members of the Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 496:

The truly novel features of the *Constitution Act, 1982* are that it has sanctioned the process of constitutional adjudication and has extended its scope so as to encompass a broader range of values.

qu'une loi fait l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*».

a Je souligne dès l'abord que si j'ai conclu que le pourvoi doit être accueilli, ce n'est pas en raison de ce que l'appelant qualifie de présomption de constitutionnalité.

b On nous a dit fort peu de choses sur la nature, le poids, la portée et le sens de cette présomption. Faut d'une meilleure définition, je dois supposer que la prétendue présomption a son sens littéral, savoir qu'une disposition législative attaquée en vertu de la *Charte* doit être présumée conforme à celle-ci et, en conséquence, pleinement opérante.

d Non seulement je trouve qu'une telle présomption ne nous est d'aucun secours mais, avec égards, j'estime qu'elle est carrément trompeuse. S'il s'agit d'une présomption au sens strict, elle est assurément réfutable, sinon une suspension d'instance ne pourrait jamais être accordée. Mais dire que la présomption est réfutable c'est ouvrir la voie à une réfutation. Or, cela nécessite que l'affaire soit examinée au fond, chose généralement impossible au stade interlocutoire.

f Il y a en outre une raison de principe reliée à la nature de la *Charte* qui me persuade d'écarter l'argument de l'appelant fondé sur la présomption de constitutionnalité. Même au stade du débat sur le fond, il n'y a pas de place pour la présomption de constitutionnalité selon le sens littéral déjà mentionné: le caractère innovateur et évolutif de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'oppose à la notion voulant qu'une disposition législative puisse être présumée conforme à celle-ci.

Comme l'a dit le juge Lamer, en son propre nom et au nom de cinq autres membres de la Cour, dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 496:

Les éléments vraiment nouveaux de la *Loi constitutionnelle de 1982* tiennent à ce qu'elle a sanctionné le processus de décision constitutionnelle et en a étendu la portée de manière à englober un plus grand nombre de valeurs.

The *Charter* extends its protection to rights of a new type such as mobility rights and minority language educational rights. It is significant also that the effect of s. 15, relating to equality rights, was delayed by three years pursuant to s. 32(2) of the *Charter*, presumably to give time to Parliament and the legislatures to prepare for the necessary adjustments.

Furthermore, the innovative character of the *Charter* affects even traditional rights already recognized before the coming into force of the *Charter* and which must now be viewed in a new light. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, this Court declined to restrict the meaning of the freedom of conscience and religion guaranteed by the *Charter* to such interpretation of this freedom as had prevailed before the *Charter*. At pages 343-44 of the *Big M* case, Dickson J., as he then was, speaking for himself and four other members of the Court, wrote as follows:

... it is certain that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not simply "recognize and declare" existing rights as they were circumscribed by legislation current at the time of the *Charter's* entrenchment. The language of the *Charter* is imperative. It avoids any reference to existing or continuing rights but rather proclaims in the ringing terms of s. 2 that:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) Freedom of conscience and religion;

I agree with the submission of the respondent that the *Charter* is intended to set a standard upon which present as well as future legislation is to be tested. Therefore the meaning of the concept of freedom of conscience and religion is not to be determined solely by the degree to which that right was enjoyed by Canadians prior to the proclamation of the *Charter*.

Similarly, as traditional a right as the presumption of innocence is given a greater degree of protection under the *Charter* than it has received prior to the *Charter*: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Thus, the setting out of certain rights and freedoms in the *Charter* has not frozen their content.

La *Charte* fait bénéficier de sa protection des droits d'un nouveau type tels que la liberté de circulation et d'établissement et les droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Il est révélateur aussi que le par. 32(2) de la *Charte* a retardé de trois ans l'entrée en vigueur de l'art. 15 relatif aux droits à l'égalité, vraisemblablement pour donner au Parlement et aux législatures le temps de se préparer aux adaptations qui s'imposeraient.

De plus, le caractère innovateur de la *Charte* touche même les droits traditionnels déjà reconnus avant son entrée en vigueur et qui doivent maintenant être regardés sous un jour nouveau. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, cette Cour a refusé de limiter le sens de la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte* à celui qu'on lui prêtait antérieurement à l'adoption de la *Charte*. Aux pages 343 et 344 de l'arrêt *Big M*, le juge Dickson, alors juge puîné, parlant en son propre nom et au nom de quatre autres membres de la Cour, a écrit:

... il est certain que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne fait pas que «reconnaître et déclarer» l'existence de droits déjà existants dont l'étendue était délimitée par la législation en vigueur au moment de son enchaînement dans la Constitution. Le texte de la *Charte* est impératif. Elle évite de parler de droits existants ou de droits qui continuent d'exister et fait plutôt, à l'art. 2, cette proclamation retentissante:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

a) liberté de conscience et de religion;

Je suis d'accord avec l'intimée que la *Charte* vise à établir une norme en fonction de laquelle les lois actuelles et futures seront appréciées. Donc, le sens du concept de la liberté de conscience et de religion ne doit pas être déterminé uniquement en fonction de la mesure dans laquelle les Canadiens jouissaient de ce droit avant la proclamation de la *Charte*.

De même, un droit aussi traditionnel que la présomption d'innocence reçoit sous la *Charte* une plus grande protection qu'auparavant: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Donc, si certains droits et libertés sont consacrés dans la *Charte*, ils ne restent pas pour autant figés.

The meaning of those rights and freedoms has in many cases evolved, and, given the nature of the *Charter*, must remain susceptible to evolve in the future:

In my opinion the premise that the framers of the *Charter* must be presumed to have intended that the words used by it should be given the meaning which had been given to them by judicial decisions at the time the *Charter* was enacted is not a reliable guide to its interpretation and application. By its very nature a constitutional charter of rights and freedoms must use general language which is capable of development and adaptation by the courts.

(*Per Le Dain J.*, dissenting, although not on this point, in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 638.)

The views of Le Dain J. reflect those of Dickson J., as he then was, in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155:

The task of expounding a constitution is crucially different from that of construing a statute. A statute defines present rights and obligations. It is easily enacted and as easily repealed. A constitution, by contrast, is drafted with an eye to the future. Its function is to provide a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power and, when joined by a *Bill* or a *Charter of Rights*, for the unremitting protection of individual rights and liberties. Once enacted, its provisions cannot easily be repealed or amended. It must, therefore, be capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers.

In my view, the presumption of constitutional validity understood in the literal sense mentioned above, and whether it is applied to laws enacted prior to the *Charter* or after the *Charter*, is not compatible with the innovative and evolutive character of this constitutional instrument.

This proposition should not be taken as necessarily affecting what has sometimes been designated, perhaps improperly, as other meanings of the "presumption of constitutionality".

One such meaning refers to the elementary rule of legal procedure according to which "the one

Le sens de ces droits et libertés a évolué dans plusieurs cas et, étant donné la nature de la *Charte*, il doit pouvoir continuer à le faire:

^a Selon moi, la prémisse portant qu'il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu que ses termes reçoivent le sens que leur donnait la jurisprudence à l'époque de son adoption n'est pas un guide fiable quant à la façon de l'interpréter et de l'appliquer. De par sa nature même une charte constitutionnelle des droits et libertés doit être rédigée en termes généraux susceptibles d'évolution et d'adaptation par les tribunaux.

^b (Le juge Le Dain, dissident, mais non sur ce point, dans l'affaire *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 638.)

Les vues du juge Le Dain reflètent celles qu'a exprimées le juge Dickson, alors juge puîné, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155:

^c L'interprétation d'une constitution est tout à fait différente de l'interprétation d'une loi. Une loi définit des droits et des obligations actuels. Elle peut être facilement adoptée et aussi facilement abrogée. Par contre, une constitution est rédigée en prévision de l'avenir. Elle vise à fournir un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale et, lorsqu'on y joint une *Déclaration* ou une *Charte des droits*, à la protection constante des droits et libertés individuels. Une fois adoptées, ses dispositions ne peuvent pas être facilement abrogées ou modifiées. Elle doit par conséquent être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées.

^d À mon avis, la présomption de constitutionnalité dans son sens littéral évoqué précédemment, qu'on l'applique à des lois adoptées avant ou après la *Charte*, est incompatible avec le caractère innovateur et évolutif de ce texte constitutionnel.

^e Il ne faut cependant pas conclure que cette proposition a nécessairement un effet sur ce qu'on a parfois appelé, peut-être improprement, les autres significations de la «présomption de constitutionnalité».

^f L'une de ces significations se rapporte à la règle fondamentale en matière de procédure suivant

who asserts must prove” and “the onus of establishing that legislation violates the Constitution undeniably lies with those who oppose the legislation”: D. Gibson, *The Law of the Charter: General Principles* (1986), pp. 56 and 58. By definition, such a rule is essentially directed to the merits of the case.

Still another meaning of the “presumption of constitutionality” is the rule of construction under which an impugned statute ought to be construed, whenever possible, in such a way as to make it conform to the Constitution. This rule of construction is well known and generally accepted and applied under the provisions of the Constitution relating to the distribution of powers between Parliament and the provincial legislatures. It is this rule which has led to the “reading down” of certain statutes drafted in terms sufficiently broad to reach objects not within the competence of the enacting legislature: *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798. In the *Southam* case, *supra*, a *Charter* case, it was held at p. 169 that it “should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional”. But that was a question of “reading in”, not “reading down”. The extent to which this rule of construction otherwise applies, if at all, in the field of the *Charter* is a matter of controversy: *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 145 D.L.R. (3d) 638, at p. 658 (Ont. C.A.); *Black v. Law Society of Alberta*, [1986] 3 W.W.R. 590, at p. 628 (Alta. C.A.), leave to appeal has been granted, [1986] 1 S.C.R. x; P.-A. Côté, “La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés,” in *La Charte canadienne des droits et libertés: Concepts et impacts* (1984), pp. 124-26; R. M. McLeod, et al., eds., *The Canadian Charter of Rights: The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences* (1983), vol. 1, pp. 2-198 to 2-209; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), p. 327; D. Gibson, *The Law of the Charter: General Principles* (1986), pp. 57, 58 and 186-88. I refrain from expressing any view on this question which also arises only when the merits are being considered.

laquelle [TRADUCTION] «celui qui fait une allégation doit la prouver» et [TRADUCTION] «le fardeau d'établir qu'une loi va à l'encontre de la Constitution incombe indubitablement à ceux qui la contestent»: D. Gibson, *The Law of the Charter: General Principles* (1986), aux pp. 56 et 58. Par définition, une telle règle vise essentiellement le fond du litige.

Dans un autre sens, la «présomption de constitutionnalité» est la règle d'interprétation selon laquelle une loi contestée doit, autant que possible, être interprétée de manière qu'elle soit conforme à la Constitution. Cette règle d'interprétation est bien connue et est généralement acceptée et appliquée sous l'empire des dispositions de la Constitution relatives au partage des pouvoirs entre le Parlement et les législatures provinciales. C'est cette règle qui a amené une «interprétation atténuée» de certaines lois rédigées en des termes suffisamment larges pour viser des objets hors de la compétence de la législature qui les a adoptées: *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798. Dans l'arrêt *Southam*, précité, qui porte sur la *Charte*, on a conclu, à la p. 169, «[qu']il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives». Mais il y était question d'une «interprétation large» et non pas d'une «interprétation atténuée». Quant à savoir si cette règle d'interprétation s'applique par ailleurs dans le domaine de la *Charte* est un point controversé: *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 145 D.L.R. (3d) 638, à la p. 658 (C.A. Ont.); *Black v. Law Society of Alberta*, [1986] 3 W.W.R. 590, à la p. 628 (C.A. Alb.), autorisation de pourvoi accordée, [1986] 1 R.C.S. x; P.-A. Côté, «La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés,» dans *La Charte canadienne des droits et libertés: Concepts et impacts* (1984), aux pp. 124 à 126; R. M. McLeod, et al., eds., *The Canadian Charter of Rights: The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences* (1983), vol. 1, aux pp. 2-198 à 2-209; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), à la p. 327; D. Gibson, *The Law of the Charter: General Principles* (1986), aux pp. 57, 58 et 186 à 188. Je m'abstiens d'exprimer une opinion sur cette question qui, elle aussi, ne se pose qu'au moment de l'examen du fond du litige.

IV The Principles Which Govern the Exercise of the Discretionary Power to Order a Stay of Proceedings Pending the Constitutional Challenge of a Legislative Provision

The second question in issue involves a study of the principles which govern the granting of a stay of proceedings while the constitutionality of a legislative provision is challenged in court by the plaintiff.

It should be observed that none of the parties has disputed the existence of the discretionary power to order a stay in such a case and, in my view, the parties were right in conceding that the trial judge had jurisdiction to order a stay: see *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 330.

(1) The Usual Conditions for the Granting of a Stay

Prior to the *Supreme Court of Judicature Act*, 1873, 36 & 37 Vict., c. 66, no distinction between injunctions restraining proceedings and other sorts of injunctions was drawn in English law (*Halsbury's Laws of England*, vol. 24, 4th ed., p. 577). The Parliament of Westminster then enacted the Act referred to above, which in the main has been adopted by all of the provinces of Canada except Quebec where the distinction between equity and law is unknown. The distinction the English *Judicature Act* created between a stay of proceedings and an injunction was, however, essentially procedural. Section 24(5) stated that no cause or proceeding at any time pending in the High Court of Justice, or before the Court of Appeal, shall be restrained by prohibition or injunction provided that "any person, whether a party or not to any such cause or matter, who would have been entitled, if this Act had not passed, to apply to any Court to restrain the prosecution thereof . . . shall be at liberty to apply to the said Courts respectively, by motion in a summary way, for a stay of proceedings in such cause or matter, either generally, or so far as may be necessary for the purposes of justice; and the Court shall thereupon make such Order as shall be just." Section 25(8) of the same Act provided further that an injunction may be granted in all cases in which it shall appear to

IV Les principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'ordonner une suspension d'instance pendant la contestation de la constitutionnalité d'une disposition législative

La deuxième question en litige commande une étude des principes régissant la suspension d'instance pendant que le demandeur conteste devant les tribunaux la constitutionnalité d'une disposition législative.

Il convient de faire remarquer qu'aucune partie n'a mis en doute l'existence du pouvoir discrétionnaire d'ordonner une suspension d'instance dans un tel cas et, selon moi, elles ont eu raison de reconnaître que le juge de première instance avait compétence pour ordonner la suspension: voir *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, à la p. 330.

1) Les conditions normales de la suspension d'instance

Antérieurement à la *Supreme Court of Judicature Act*, 1873, 36 & 37 Vict., chap. 66, le droit anglais ne distinguait pas entre les injonctions destinées à suspendre une instance et les autres sortes d'injonctions (*Halsbury's Laws of England*, vol. 24, 4th ed., à la p. 577). Puis le Parlement de Westminster a adopté la loi susmentionnée qui, d'une manière générale, a été reprise par toutes les provinces du Canada, sauf le Québec, où la distinction entre l'*equity* et la *common law* est inconnue. Toutefois, la distinction que la *Judicature Act* anglaise créait entre une suspension d'instance et une injonction tenait essentiellement à la procédure. Le paragraphe 24(5) prévoyait qu'on ne peut empêcher aucune cause ni aucune procédure en instance devant la Haute Cour de Justice ou devant la Cour d'appel par voie de prohibition ou d'injonction pourvu que [TRADUCTION] «une personne, partie ou non à une affaire, qui aurait eu le droit, si cette loi n'avait pas été adoptée, de demander à un tribunal d'empêcher la poursuite [. . .] ait le droit de demander auxdits tribunaux respectivement, par requête sommaire, une suspension d'instance dans l'affaire en question qui soit générale ou autre suivant ce qu'exigent les fins de la justice; le tribunal pourra alors rendre l'ordonnance qu'il estime juste». De plus, le par. 25(8) de la même loi disposait qu'une injonction pouvait

the Court to be "just and convenient" that such order should be made. See also *Boeckh v. Gowganda-Queen Mines, Ltd.* (1912), 6 D.L.R. 292.

A stay of proceedings and an interlocutory injunction are remedies of the same nature. In the absence of a different test prescribed by statute, they have sufficient characteristics in common to be governed by the same rules and the courts have rightly tended to apply to the granting of interlocutory stay the principles which they follow with respect to interlocutory injunctions: *Battle Creek Toasted Corn Flake Co. v. Kellogg Toasted Corn Flake Co.* (1923), 55 O.L.R. 127, at p. 132; *Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association*, Ont. Div. Ct., January 17, 1979, Galligan, Van Camp and Henry JJ. (unreported); *Daciuk v. Manitoba Labour Board*, Man. Q.B., June 25, 1985, Dureault J. (unreported); *Metropolitan Toronto School Board v. Minister of Education* (1985), 6 C.P.C. (2d) 281 (Ont. Div. Ct.), at p. 292, leave to appeal to the Court of Appeal refused.

The case law is abundant as well as relatively fluid with regard to the tests developed by the courts in order to help better delineate the situations in which it is just and equitable to grant an interlocutory injunction. Reviewing it is the function of doctrinal analysis rather than that of judicial decision-making and I simply propose to give a bare outline of the three main tests currently applied.

The first test is a preliminary and tentative assessment of the merits of the case, but there is more than one way to describe this first test. The traditional way consists in asking whether the litigant who seeks the interlocutory injunction can make out a *prima facie* case. The injunction will be refused unless he can: *Chesapeake and Ohio Railway Co. v. Ball*, [1953] O.R. 843, per McRuer C.J.H.C., at pp. 854-55. The House of Lords has somewhat relaxed this first test in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504, where it held that all that was necessary to meet this test was to satisfy the Court

être accordée chaque fois que la cour jugeait [TRA-DUCTION] «juste et à propos» de rendre une telle ordonnance. Voir aussi *Boeckh v. Gowganda-Queen Mines, Ltd.* (1912), 6 D.L.R. 292.

^a La suspension d'instance et l'injonction interlocutoire sont des redressements de même nature. À moins qu'un texte législatif ne prescrive un critère différent, elles ont suffisamment de traits en commun pour qu'elles soient assujetties aux mêmes règles et c'est avec raison que les tribunaux ont eu tendance à appliquer à la suspension interlocutoire d'instance les principes qu'ils suivent dans le cas d'injonctions interlocutoires: *Battle Creek Toasted Corn Flake Co. v. Kellogg Toasted Corn Flake Co.* (1923), 55 O.L.R. 127, à la p. 132; *Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association*, C. div. Ont., 17 janvier 1979, les juges Galligan, Van Camp et Henry (inédit); *Daciuk v. Manitoba Labour Board*, B.R. Manitoba, 25 juin 1985, le juge Dureault (inédit); *Metropolitan Toronto School Board v. Minister of Education* (1985), 6 C.P.C. (2d) 281 (C. div. Ont.), à la p. 292, autorisation d'en appeler devant la Cour d'appel refusée.

^f Il y a une jurisprudence à la fois abondante et relativement fluide sur les critères élaborés par les tribunaux pour aider à mieux délimiter les situations dans lesquelles il est juste et équitable d'accorder une injonction interlocutoire. Comme l'examen de cette jurisprudence relève plutôt de l'analyse doctrinale que de la prise de décisions judiciaires, je me propose simplement de présenter un exposé sommaire des trois critères principaux actuellement appliqués.

ⁱ Le premier critère revêt la forme d'une évaluation préliminaire et provisoire du fond du litige, mais il y a plus d'une façon de décrire ce critère. La manière traditionnelle consiste à se demander si la partie qui demande l'injonction interlocutoire est en mesure d'établir une apparence de droit suffisante. Si elle ne le peut pas, l'injonction sera refusée: *Chesapeake and Ohio Railway Co. v. Ball*, [1953] O.R. 843, le juge en chef McRuer de la Haute Cour, aux pp. 854 et 855. Ce premier critère a été quelque peu assoupli par la Chambre des lords dans l'arrêt *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504, où elle a

that there was a serious question to be tried as opposed to a frivolous or vexatious claim. Estey J. speaking for himself and five other members of the Court in a unanimous judgment referred to but did not comment upon this difference in *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, [1985] 1 S.C.R. 2, at pp. 9-10.

American Cyanamid has been followed on this point in many Canadian and English cases, but it has also been rejected in several other instances and it does not appear to be followed in Australia: see the commentaries and cases referred to in P. Carlson, "Granting an Interlocutory Injunction: What is the Test?" (1982), 12 *Man. L.J.* 109; B. M. Rogers and G. W. Hately, "Getting the Pre-Trial Injunction" (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 1, at pp. 9-19; R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (Toronto 1983), at pp. 66-77.

In the case at bar, it is neither necessary nor advisable to choose, for all purposes, between the traditional formulation and the *American Cyanamid* description of the first test: the British case law illustrates that the formulation of a rigid test for all types of cases, without considering their nature, is not to be favoured (see Hanbury and Maudsley, *Modern Equity* (12th ed. 1960), pp. 736-43). In my view, however, the *American Cyanamid* "serious question" formulation is sufficient in a constitutional case where, as indicated below in these reasons, the public interest is taken into consideration in the balance of convenience. But I refrain from expressing any view with respect to the sufficiency or adequacy of this formulation in any other type of case.

The second test consists in deciding whether the litigant who seeks the interlocutory injunction would, unless the injunction is granted, suffer irreparable harm, that is harm not susceptible or difficult to be compensated in damages. Some judges consider at the same time the situation of the other party to the litigation and ask themselves

conclu que, pour y satisfaire, il suffisait de convaincre la cour de l'existence d'une question sérieuse à juger, par opposition à une réclamation futile ou vexatoire. Dans l'arrêt *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2, aux pp. 9 et 10, rendu à l'unanimité, le juge Estey, parlant pour lui-même et pour cinq autres membres de la Cour, a mentionné cette différence, sans pourtant la commenter.

L'arrêt *American Cyanamid* a été suivi sur ce point dans bien des décisions canadiennes et anglaises, mais il a été rejeté dans plusieurs autres cas et ne paraît pas être suivi en Australie: voir les commentaires exprimés et les décisions mentionnées dans P. Carlson, «Granting an Interlocutory Injunction: What is the Test?» (1982), 12 *Man. L.J.* 109; B. M. Rogers and G. W. Hately, «Getting the Pre-Trial Injunction» (1982), 60 *R. du B. can.* 1, aux pp. 9 à 19; R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (Toronto 1983), aux pp. 66 à 77.

En l'espèce, il n'est ni nécessaire ni recommandable de choisir à tous égards entre la formulation traditionnelle du premier critère et celle donnée dans l'arrêt *American Cyanamid*: la jurisprudence britannique démontre que la formulation d'un critère rigide applicable à tous les types d'affaires, sans avoir égard à leur nature, n'est pas une solution à retenir (voir Hanbury et Maudsley, *Modern Equity* (12th ed. 1960), aux pp. 736 à 743). À mon avis, cependant, la formulation dans l'arrêt *American Cyanamid*, savoir celle de l'existence d'une «question sérieuse», suffit dans une affaire constitutionnelle où, comme je l'indique plus loin dans les présents motifs, l'intérêt public est pris en considération dans la détermination de la prépondérance des inconvénients. Mais je m'abstiens d'exprimer une opinion quelconque sur le caractère suffisant ou adéquat de cette formulation dans tout autre type d'affaires.

Le deuxième critère consiste à décider si la partie qui cherche à obtenir l'injonction interlocutoire subirait, si elle n'était pas accordée, un préjudice irréparable, c'est-à-dire un préjudice qui n'est pas susceptible d'être compensé par des dommages-intérêts ou qui peut difficilement l'être. Certains juges tiennent compte en même temps de la

whether the granting of the interlocutory injunction would cause irreparable harm to this other party if the main action fails. Other judges take the view that this last aspect rather forms part of the balance of convenience.

The third test, called the balance of convenience and which ought perhaps to be called more appropriately the balance of inconvenience, is a determination of which of the two parties will suffer the greater harm from the granting or refusal of an interlocutory injunction, pending a decision on the merits.

I now propose to consider the particular application of the test of the balance of convenience in a case where the constitutional validity of a legislative provision is challenged. As Lord Diplock said in *American Cyanamid, supra*, at p. 511:

... there may be many other special factors to be taken into consideration in the particular circumstances of individual cases.

It will be seen in what follows that the consequences for the public as well as for the parties, of granting a stay in a constitutional case, do constitute "special factors" to be taken into consideration.

(2) The Balance of Convenience and the Public Interest

A review of the case law indicates that, when the constitutional validity of a legislative provision is challenged, the courts consider that they ought not to be restricted to the application of traditional criteria which govern the granting or refusal of interlocutory injunctive relief in ordinary private or civil law cases. Unless the public interest is also taken into consideration in evaluating the balance of convenience, they very often express their disinclination to grant injunctive relief before constitutional invalidity has been finally decided on the merits.

The reasons for this disinclination become readily understandable when one contrasts the uncertainty in which a court finds itself with respect to

situation de l'autre partie au litige et se demandent si l'injonction interlocutoire occasionnerait un préjudice irréparable à cette autre partie dans l'hypothèse où la demande principale serait rejetée.

a D'autres juges estiment que ce dernier élément fait plutôt partie de la prépondérance des inconvénients.

Le troisième critère, celui de la prépondérance des inconvénients, consiste à déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse une injonction interlocutoire en attendant une décision sur le fond.

c Voila qui m'amène à l'application particulière du critère de la prépondérance des inconvénients dans un cas où l'on conteste la constitutionnalité d'une disposition législative. Comme l'a dit lord Diplock dans l'arrêt *American Cyanamid*, précité, à la p. 511:

[TRADUCTION] ... il peut y avoir beaucoup d'autres éléments particuliers dont il faut tenir compte dans les circonstances particulières d'un cas déterminé.

Comme on le verra, les conséquences d'une suspension d'instance pour le public aussi bien que pour les parties constituent assurément, dans une affaire constitutionnelle, des «éléments particuliers» dont il faut tenir compte.

2) La prépondérance des inconvénients et l'intérêt public

D'après la jurisprudence, quand la constitutionnalité d'une disposition législative est contestée, les tribunaux estiment qu'ils ne doivent pas se limiter à l'application des critères traditionnels régissant l'octroi ou le refus d'une injonction interlocutoire dans les affaires civiles ordinaires. À moins que l'intérêt public ne soit également pris en considération dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients, les tribunaux se montrent très souvent réticents à accorder une injonction avant que la question de la constitutionnalité ait été définitivement tranchée au fond.

Les raisons de cette réticence se comprennent facilement quand on oppose l'incertitude dans laquelle un tribunal se trouve au stade interlocu-

the merits at the interlocutory stage, with the sometimes far-reaching albeit temporary practical consequences of a stay of proceedings, not only for the parties to the litigation but also for the public at large.

(i) *Difficulty or Impossibility to Decide the Merits at the Interlocutory Stage*

The limited role of a court at the interlocutory stage was well described by Lord Diplock in the *American Cyanamid* case, *supra*, at p. 510:

It is no part of the court's function at this stage of the litigation to try to resolve conflicts of evidence on affidavit as to facts on which the claims of either party may ultimately depend nor to decide difficult questions of law which call for detailed argument and mature considerations. These are matters to be dealt with at the trial.

The *American Cyanamid* case was a complicated civil case but Lord Diplock's *dictum*, just quoted, should *a fortiori* be followed for several reasons in a *Charter* case and in other constitutional cases when the validity of a law is challenged.

First, the extent and exact meaning of the rights guaranteed by the *Charter* are often far from clear and the interlocutory procedure rarely enables a motion judge to ascertain these crucial questions. Constitutional adjudication is particularly unsuited to the expeditious and informal proceedings of a weekly court where there are little or no pleadings and submissions in writing, and where the Attorney General of Canada or of the Province may not yet have been notified as is usually required by law; see *Home Oil Distributors Ltd. v. Attorney-General for British Columbia*, [1939] 1 D.L.R. 573, at p. 577; *Weisfeld v. R.* (1985), 16 C.R.R. 24, and, for an extreme example, *Turmel v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission* (1985), 16 C.R.R. 9.

Still, in *Charter* cases such as those which may arise under s. 23 relating to Minority Language Educational Rights, the factual situation as well as

toire relativement au fond et les conséquences pratiques parfois graves, quoique temporaires, qu'entraîne une suspension d'instance non seulement pour les parties au litige mais aussi pour le grand public.

i) *La difficulté ou l'impossibilité de rendre une décision au fond au stade interlocutoire*

Le rôle limité d'un tribunal au stade interlocutoire est bien décrit par lord Diplock dans l'arrêt *American Cyanamid*, précité, à la p. 510:

[TRADUCTION] La cour n'a pas, en cet état de la cause, à essayer de résoudre les contradictions de la preuve soumise par affidavit, quant aux faits sur lesquels les réclamations de chaque partie peuvent ultimement reposer, ni à trancher les épineuses questions de droit qui nécessitent des plaidoiries plus poussées et un examen plus approfondi. Ce sont des questions à régler au procès.

American Cyanamid était une affaire civile complexe, mais l'opinion de lord Diplock que je viens de citer doit, pour plusieurs raisons, être suivie à fortiori dans une affaire relevant de la *Charte* comme dans les autres affaires constitutionnelles où il y a contestation de la validité d'une loi.

Premièrement, l'étendue et le sens exact des droits garantis par la *Charte* sont souvent loins d'être clairs et la procédure interlocutoire permet rarement à un juge saisi d'une requête de trancher ces questions capitales. Les litiges constitutionnels se prêtent particulièrement mal à la procédure expéditive et informelle d'une cour des sessions hebdomadaires où les actes de procédure et les arguments écrits sont peu nombreux ou même inexistants et où le procureur général du Canada ou de la province peut ne pas avoir encore reçu l'avis qu'exige généralement la loi: voir *Home Oil Distributors Ltd. v. Attorney-General for British Columbia*, [1939] 1 D.L.R. 573, à la p. 577; *Weisfeld c. R.* (1985), 16 C.R.R. 24, et, pour un exemple extrême, *Turmel c. Conseil de la radio-diffusion et des télécommunications canadiennes* (1985), 16 C.R.R. 9.

En outre, dans les affaires relevant de la *Charte*, par exemple celles qui peuvent découler de l'art. 23 qui porte sur les droits à l'instruction dans la

the law may be so uncertain at the interlocutory stage as to prevent the court from forming even a tentative opinion on the case of the plaintiff; *Marchand v. Simcoe County Board of Education* (1984), 10 C.R.R. 169, at p. 174.

Furthermore, in many *Charter* cases such as the case at bar, some party may find it necessary or prudent to adduce evidence tending to establish that the impugned provision, although *prima facie* in violation of a guaranteed right or freedom, can be saved under s. 1 of the *Charter*. But evidence adduced pursuant to s. 1 of the *Charter* essentially addresses the merits of the case.

This latter rule was clearly stated in *Gould v. Attorney General of Canada*, [1984] 2 S.C.R. 124, aff. [1984] 1 F.C. 1133, which set aside [1984] 1 F.C. 1119. It was held that a court is not at the interlocutory stage in an adequate position to decide the merits of a case even though the evidence that is likely to be adduced under s. 1 seems of little weight. In the Federal Court of Appeal, Thurlow C.J., dissenting, held at pp. 1137-38 that a court is sometimes entitled to examine the merits of the case and anticipate the result of the action:

I agree with the criticisms and views expressed by the learned Trial Judge as to the weakness of the evidence led to show that a serious case could be made out that the limitation of paragraph 14(4)(e) is demonstrably justified in a free and democratic society. She was obviously not impressed by the evidence. I share her view. The impression I have of it is that when that is all that could be put before the Court to show a serious case, after four years of work on the question, it becomes apparent that the case for maintaining the validity of the disqualification as enacted can scarcely be regarded as a serious one.

In such circumstances then should the Court treat it seriously? Should the Court irrevocably deprive the respondent of a constitutional right to which he appears

langue de la minorité, la situation factuelle ainsi que le droit peuvent être à ce point incertains au stade interlocutoire que le tribunal ne peut même pas se former une opinion préliminaire sur la position du demandeur: *Marchand v. Simcoe County Board of Education* (1984), 10 C.R.R. 169, à la p. 174.

De plus, dans bien des affaires relevant de la *Charte*, il peut arriver, à l'instar de la présente instance, qu'une partie juge nécessaire ou prudent de présenter des éléments de preuve tendant à établir que la disposition attaquée, bien qu'elle constitue à première vue une atteinte à un droit ou à une liberté garantis, est légitimée par l'article premier de la *Charte*. Toutefois, les éléments de preuve produits en vertu de l'article premier de la *Charte* portent essentiellement sur le fond du litige.

Cette dernière règle a été clairement énoncée dans l'arrêt *Gould c. Procureur général du Canada*, [1984] 2 R.C.S. 124, conf. [1984] 1 C.F. 1133, qui infirmait [1984] 1 C.F. 1119. On a conclu qu'au stade interlocutoire un tribunal est mal placé pour décider un litige au fond, bien que la preuve qui sera vraisemblablement produite aux fins de l'article premier puisse paraître peu convaincante. En Cour d'appel fédérale, le juge en chef Thurlow, dissident, a dit qu'un tribunal est parfois autorisé à étudier l'affaire au fond et de préjuger l'action (aux pp. 1137 et 1138):

Je partage les critiques et les opinions formulées par le juge de première instance quant à la faiblesse de la preuve apportée pour prouver qu'on pouvait démontrer que l'alinéa 14(4)e constitue une limite dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cette preuve n'a manifestement pas impressionné le juge de première instance et je partage l'avis de celle-ci. L'impression que j'ai face à cette preuve est que lorsque c'est tout ce que l'on peut soumettre à la Cour pour établir un argument sérieux après quatre années de travail sur la question, il devient évident que l'argument en faveur du maintien de la validité des dispositions adoptées relativement à l'inhabilité de personnes à voter peut difficilement être considéré comme sérieux.

Dans de telles circonstances, la Cour devrait-elle considérer cet argument comme sérieux? La Cour devrait-elle priver l'intimé de manière irrévocable d'un droit

to be entitled by denying the injunction in order to give the appellants an opportunity, which probably will not arise, to show he is not entitled, when all the appellants can offer to show that they have a case, is weak? I think not. Even less do I think this Court should interfere with the exercise of the discretion of the Trial Judge in the circumstances.

Mahoney J., whose opinion was generally approved by this Court, took the opposite view (at p. 1140):

The order implies and is based on a finding that the respondent has, in fact, the right he claims and that paragraph 14(4)(e) is invalid to the extent claimed. That is an interim declaration of right and, with respect, is not a declaration that can properly be made before trial. The defendant in an action is as entitled to a full and fair trial as is the plaintiff and that is equally so when the issue is constitutional.

Such cautious restraint respects the right of both parties to a full trial, the importance of which was emphasized by the judicious comments of May L.J. in *Cayne v. Global Natural Resources plc.*, [1984] 1 All E.R. 225, at p. 238. Also, it is consistent with the fact that, in some cases, the impugned provision will not be found to violate a right or freedom protected by the *Charter* after all and thus will not need to be saved under s. 1; see *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284.

In addition, to think that the question of constitutional validity can be determined at the interlocutory stage is to ignore the many hazards of litigation, constitutional or otherwise. A plaintiff may fail for lack of standing, lack of adequate proof, procedural or other defect. As was correctly put by Professor J. E. Magnet:

Unconstitutionality cannot be understood as an unqualified condition. It has to be understood in light of the plaintiff's ability to bring to fruition judgment in his favour.

constitutionnel auquel il paraît avoir droit en refusant d'accorder l'injonction afin de donner aux appelants l'occasion, qui ne se présentera probablement pas, de prouver qu'il n'y a pas droit, lorsque les seuls arguments que les appelants peuvent apporter sont faibles? Je ne le crois pas, et je crois encore moins que la Cour devrait intervenir, dans les circonstances, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance.

Le juge Mahoney, dont le point de vue a reçu d'une manière générale l'approbation de cette Cour, a été d'avis contraire (à la p. 1140):

L'ordonnance laisse entendre que l'intimé possède, en réalité, le droit qu'il revendique et que l'alinéa 14(4)e est nul dans la mesure invoquée. Cela constitue un jugement déclaratoire provisoire sur un droit qui, en toute déférence, ne peut être rendu à bon droit avant l'instruction. Le défendeur dans une action a droit tout autant que le demandeur à une instruction équitable et complète, et il en est de même lorsque le litige est de nature constitutionnelle.

Cette attitude de prudente réserve respecte le droit des deux parties à une instruction complète, ce dont l'importance a été soulignée dans les observations judicieuses faites par le lord juge May dans l'affaire *Cayne v. Global Natural Resources plc.*, [1984] 1 All E.R. 225, à la p. 238. Au surplus, cette attitude est compatible avec le fait que, dans certains cas, il sera jugé que, en définitive, la disposition attaquée ne porte atteinte à aucun droit ni à aucune liberté protégés par la *Charte* et qu'en conséquence il ne sera pas besoin d'avoir recours à l'article premier pour la justifier: voir *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

De plus, croire que la question de la constitutionnalité peut se régler au stade interlocutoire, c'est faire abstraction des nombreux aléas d'une action en justice, qu'elle relève ou non du domaine constitutionnel. En effet, un demandeur peut se voir débouter parce qu'il n'a pas qualité pour agir, parce que la preuve est insuffisante ou en raison d'un vice de procédure ou autre. Comme l'a dit si justement le professeur J. E. Magnet:

[TRADUCTION] On ne saurait prêter à l'inconstitutionnalité un caractère absolu. Elle doit être vue en fonction de la capacité du demandeur d'obtenir un jugement favorable.

(J. E. Magnet, "Jurisdictional Fact, Constitutional Fact and the Presumption of Constitutionality" (1980), 11 *Man. L.J.* 21, at p. 29.)

However, the principle I am discussing is not absolute. There may be rare cases where the question of constitutionality will present itself as a simple question of law alone which can be finally settled by a motion judge. A theoretical example which comes to mind is one where Parliament or a legislature would purport to pass a law imposing the beliefs of a state religion. Such a law would violate s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, could not possibly be saved under s. 1 of the *Charter* and might perhaps be struck down right away; see *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at p. 88. It is trite to say that these cases are exceptional.

Most of the difficulties encountered by a trial judge at the interlocutory stage, which are raised above, apply not only in *Charter* cases but also in other constitutional challenges of a law. I therefore fully agree with what Professor R. J. Sharpe wrote in *Injunctions and Specific Performance*, at p. 177, in particular with respect to constitutional cases that "the courts have sensibly paid heed to the fact that at the interlocutory stage they cannot fully explore the merits of the plaintiff's case". At this stage, even in cases where the plaintiff has a serious question to be tried or even a *prima facie* case, the court is generally much too uncertain as to the facts and the law to be in a position to decide the merits.

(ii) *The Consequences of Granting a Stay in Constitutional Cases*

Keeping in mind the state of uncertainty above referred to, I turn to the consequences that will certainly or probably follow the granting of a stay of proceedings. As previously said, I will not restrict myself to *Charter* instances. I also propose

(J. E. Magnet, «Jurisdictional Fact, Constitutional Fact and the Presumption of Constitutionality» (1980), 11 *Man. L.J.* 21, à la p. 29.)

a Le principe dont je traite n'est toutefois pas absolu. Il peut exister des cas rares où la question de la constitutionnalité se présente sous la forme d'une question de droit purement et simplement, laquelle peut être définitivement tranchée par un juge saisi d'une requête. Un exemple théorique qui vient à l'esprit est la situation où le Parlement ou une législature prétendrait adopter une loi imposant les croyances d'une religion d'État. Pareille loi enfreindrait l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ne pourrait possiblement pas être justifiée par l'article premier de celle-ci et courrait peut-être le risque d'être frappée d'illégalité sur-le-champ: voir *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, à la p. 88. Or, il va sans dire qu'il s'agit là de cas exceptionnels.

e La plupart des difficultés susmentionnées auxquelles se heurte un juge de première instance au stade interlocutoire surgissent non seulement dans les affaires relevant de la *Charte*, mais aussi dans les autres cas où l'on conteste la constitutionnalité d'une loi. Donc, je souscris entièrement à ce que le professeur R. J. Sharpe a écrit, en particulier relativement aux affaires constitutionnelles, dans *Injunctions and Specific Performance*, à la p. 177, où il fait remarquer que [TRADUCTION] «des tribunaux ont sagement tenu compte du fait qu'ils ne peuvent pas examiner à fond les allégations du demandeur au stade interlocutoire». À ce stade, même dans les affaires où le demandeur a soulevé une question importante à juger ou qu'il a même établi une apparence de droit suffisante, l'incertitude quant aux faits et au droit est généralement trop grande pour que le tribunal soit en mesure de rendre une décision sur le fond.

i ii) *Les conséquences de la suspension d'instance dans les affaires constitutionnelles*

Gardant à l'esprit l'incertitude évoquée ci-dessus, j'aborde maintenant les conséquences certaines ou probables d'une suspension d'instance. Comme je l'ai déjà fait remarquer, mon analyse ne se bornera pas aux affaires relevant de la *Charte*.

to refer to a few Quebec examples. In that province, the issuance of interlocutory injunctions is governed by arts. 751 and 752 of the *Code of Civil Procedure*:

751. An injunction is an order of the Superior Court or of a judge thereof, enjoining a person, his officers, agents or employees, not to do or to cease doing, or, in cases which admit of it, to perform a particular act or operation, under pain of all legal penalties.

752. In addition to an injunction, which he may demand by action, with or without other conclusions, a party may, at the commencement of or during a suit, obtain an interlocutory injunction.

An interlocutory injunction may be granted when the applicant appears to be entitled to it and it is considered to be necessary in order to avoid serious or irreparable injury to him, or a factual or legal situation of such a nature as to render the final judgment ineffectual.

While these provisions differ somewhat from the English law of injunctions, they are clearly inspired by and derived from this law and I do not think that the Quebec cases I propose to refer to turn on any differences between the English law and the Code.

Although constitutional cases are often the result of a *lis* between private litigants, they sometimes involve some public authority interposed between the litigants, such as the Board in the case at bar. In other constitutional cases, the controversy or the *lis*, if it can be called a *lis*, will arise directly between a private litigant and the State represented by some public authority; *Morgentaler v. Ackroyd* (1983), 42 O.R. 659.

In both sorts of cases, the granting of a stay requested by the private litigants or by one of them is usually aimed at the public authority, law enforcement agency, administrative board, public official or minister responsible for the implementation or administration of the impugned legislation and generally works in one of two ways. Either the law enforcement agency is enjoined from enforcing the impugned provisions in all respects until the question of their validity has been finally determined, or the law enforcement agency is enjoined

Je me référerai aussi à quelques exemples québécois. Au Québec, ce sont les art. 751 et 752 du *Code de procédure civile* qui régissent les injonctions interlocutoires:

^a 751. L'injonction est une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges, enjoignant à une personne, à ses officiers, représentants ou employés, de ne pas faire ou de cesser de faire, ou, dans les cas qui le permettent, d'accomplir un acte ou une opération déterminés, sous les peines que de droit.

^b 752. Outre l'injonction qu'elle peut demander par action, avec ou sans autres conclusions, une partie peut, au début ou au cours d'une instance, obtenir une injonction interlocutoire.

^c L'injonction interlocutoire peut être accordée lorsque celui qui la demande paraît y avoir droit et qu'elle est jugée nécessaire pour empêcher que ne lui soit causé un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace.

^d Quoique ces dispositions ne concordent pas parfaitement avec le droit anglais en matière d'injonctions, il est évident qu'elles s'en inspirent et qu'elles en sont dérivées et je ne crois pas que les décisions québécoises que j'ai l'intention d'examiner soient fondées sur des différences entre le droit anglais et le Code.

^e Bien que les affaires constitutionnelles tirent souvent leur origine d'un *lis* entre particuliers, il arrive parfois qu'un organisme public se trouve interposé entre les parties, telle la Commission en l'espèce. Dans d'autres affaires constitutionnelles, la controverse ou le *lis*, s'il s'agit en fait d'un *lis*, prendra naissance directement entre un particulier et l'État représenté par un organisme public: *Morgentaler v. Ackroyd* (1983), 42 O.R. 659.

^f Dans un cas comme dans l'autre, la suspension d'instance accordée à la demande des plaideurs privés ou de l'un d'eux vise normalement un organisme public, un organisme d'application de la loi, une commission administrative, un fonctionnaire public ou un ministre chargé de l'application ou de l'administration de la loi attaquée. La suspension d'instance peut en général avoir deux effets. Elle peut prendre la forme d'une interdiction totale d'appliquer les dispositions attaquées en attendant une décision définitive sur la question de leur

from enforcing the impugned provisions with respect to the specific litigant or litigants who request the granting of a stay. In the first branch of the alternative, the operation of the impugned provisions is temporarily suspended for all practical purposes. Instances of this type can perhaps be referred to as suspension cases. In the second branch of the alternative, the litigant who is granted a stay is in fact exempted from the impugned legislation which, in the meanwhile, continues to operate with respect to others. Instances of this other type, I will call exemption cases.

Whether or not they are ultimately held to be constitutional, the laws which litigants seek to suspend or from which they seek to be exempted by way of interlocutory injunctive relief have been enacted by democratically-elected legislatures and are generally passed for the common good, for instance: the providing and financing of public services such as educational services, or of public utilities such as electricity, the protection of public health, natural resources and the environment, the repression of what is considered to be criminal activity, the controlling of economic activity such as the containing of inflation, the regulation of labour relations, etc. It seems axiomatic that the granting of interlocutory injunctive relief in most suspension cases and, up to a point, as will be seen later, in quite a few exemption cases, is susceptible temporarily to frustrate the pursuit of the common good.

While respect for the Constitution must remain paramount, the question then arises whether it is equitable and just to deprive the public, or important sectors thereof, from the protection and advantages of impugned legislation, the invalidity of which is merely uncertain, unless the public interest is taken into consideration in the balance of convenience and is given the weight it deserves. As could be expected, the courts have generally answered this question in the negative. In looking at the balance of convenience, they have found it necessary to rise above the interests of private litigants up to the level of the public interest, and,

validité ou elle peut empêcher l'application des dispositions attaquées dans la mesure où elle ne vise que la partie ou les parties qui ont précisément demandé la suspension d'instance. Dans le premier volet de l'alternative, l'application des dispositions attaquées est en pratique temporairement suspendue. On peut peut-être appeler les cas qui tombent dans cette catégorie les «cas de suspension». Dans le second volet de l'alternative, le plaideur qui se voit accorder une suspension d'instance bénéficie en réalité d'une exemption de l'application de la loi attaquée, laquelle demeure toutefois opérante à l'égard des tiers. J'appellerai ces cas des «cas d'exemption».

Qu'elles soient ou non finalement jugées constitutionnelles, les lois dont les plaideurs cherchent à obtenir la suspension, ou de l'application desquelles ils demandent d'être exemptés par voie d'injonction interlocutoire, ont été adoptées par des législatures démocratiquement élues et visent généralement le bien commun, par exemple: assurer et financer des services publics tels que des services éducatifs ou l'électricité; protéger la santé publique, les ressources naturelles et l'environnement; réprimer toute activité considérée comme criminelle; diriger les activités économiques notamment par l'endiguement de l'inflation et la réglementation des relations du travail, etc. Il semble bien évident qu'une injonction interlocutoire dans la plupart des cas de suspension et, jusqu'à un certain point, comme nous allons le voir plus loin, dans un bon nombre de cas d'exemption, risque de contrecarrer temporairement la poursuite du bien commun.

Quoique le respect de la Constitution doive conserver son caractère primordial, il y a lieu à ce moment-là de se demander s'il est juste et équitable de priver le public, ou d'importants secteurs du public, de la protection et des avantages conférés par la loi attaquée, dont l'invalidité n'est qu'incertaine, sans tenir compte de l'intérêt public dans l'évaluation de la prépondérance des inconvénients et sans lui accorder l'importance qu'il mérite. Comme il fallait s'y attendre, les tribunaux ont généralement répondu à cette question par la négative. Sur la question de la prépondérance des inconvénients, ils ont jugé nécessaire de subordon-

in cases involving interlocutory injunctions directed at statutory authorities, they have correctly held it is erroneous to deal with these authorities as if they have any interest distinct from that of the public to which they owe the duties imposed upon them by statute.

The following provide examples of the concern expressed by the courts for the protection of the common good in suspension and exemption cases. I will first address the suspension cases.

Société de développement de la Baie James c. Chef Robert Kanatewat, [1975] C.A. 166, is a striking illustration of interlocutory relief which could have compromised the common good of the public as a whole. In that case, the Quebec Court of Appeal, reversing the Superior Court, [1974] R.P. 38, dismissed an application for interlocutory injunction which would have required the appellants to halt the James Bay project authorized by the *James Bay Region Development Act*, S.Q. 1971, c. 34, the constitutional validity of which had been challenged by the respondents. Crête J.A., as he then was, wrote what follows in looking at the balance of convenience at p. 182:

[TRANSLATION] ... I am not persuaded that the inconvenience suffered or apprehended by the respondents was of the same order of magnitude as the growing energy needs of Quebec as a whole.

Turgeon J.A. reached the same conclusions at p. 177:

[TRANSLATION] It is important to note at the outset that hydroelectricity is the only primary energy resource the province of Quebec has. With the present acute world oil crisis, this resource has assumed a critical importance in guaranteeing the economic future and well-being of Quebec citizens. The interests of the people of Quebec are represented in the case at bar by the principal appellant companies.

The evidence established that is imperative for Hydro-Quebec to complete its program if it is to meet the growing demand for electricity up to 1985... A suspension of work would have disastrous consequences, as it would mean an alternative program would have to be

ner les intérêts des plaideurs privés à l'intérêt public et, dans les cas où il s'agit d'injonctions interlocutoires adressées à des organismes constitués en vertu d'une loi, ils ont conclu à bon droit que c'est une erreur que d'agir à leur égard comme s'ils avaient un intérêt distinct de celui du public au bénéfice duquel ils sont tenus de remplir les fonctions que leur impose la loi.

Je présente ci-après des exemples de causes dans lesquelles les tribunaux se sont montrés soucieux de protéger le bien commun dans des cas de suspension et d'exemption. Commençons par les cas de suspension.

L'affaire *Société de développement de la Baie James c. Chef Robert Kanatewat*, [1975] C.A. 166, est un exemple frappant d'un redressement interlocutoire qui aurait pu compromettre le bien commun du public dans son ensemble. Dans cet arrêt, la Cour d'appel du Québec, infirmant une décision de la Cour supérieure, [1974] R.P. 38, a rejeté une demande d'injonction interlocutoire qui aurait obligé les appelants d'arrêter le projet de la Baie James autorisé par la *Loi du développement de la région de la Baie James*, L.Q. 1971, chap. 34, dont les intimés contestaient la constitutionnalité. Le juge Crête, alors juge puîné, a écrit ce qui suit relativement à la prépondérance des inconvénients, à la p. 182:

... je n'ai pu me convaincre que les inconvénients subis ou appréhendés par les intimés étaient de la même échelle de grandeur que les besoins croissants d'énergie pour tout le Québec.

Le juge Turgeon est arrivé aux mêmes conclusions, à la p. 177:

Il est important de noter au départ que l'hydroélectricité est la seule ressource d'énergie primaire possédée par la province de Québec. Avec la crise du pétrole qui sévit actuellement dans le monde, cette ressource est devenue d'une importance capitale pour assurer l'avenir économique et le bien-être des citoyens. L'intérêt de la population québécoise est représenté dans cette cause par les principales sociétés appelantes.

La preuve démontre qu'il est impérieux pour l'Hydro-Québec de réaliser son programme pour faire face à la demande croissante d'électricité jusqu'en 1985... Un arrêt des travaux aurait des conséquences désastreuses car il faudrait mettre sur pied un programme de substi-

created to produce electricity by thermal or nuclear plants. [Emphasis added.]

(Leave to appeal was granted by this Court on February 13, 1975, but a declaration of settlement out of court was filed on January 1980, further to which, on the same date, Chief Robert Kanatewat and others discontinued their appeal.)

In *Procureur général du Québec c. Lavigne*, [1980] C.A. 25, the Quebec Court of Appeal, again reversing the Superior Court, [1980] C.S. 318, dismissed an application for interlocutory injunction enjoining the Attorney General, the Minister of Education, the Minister of Municipal Affairs and others from temporarily enforcing certain provisions of the *Act respecting municipal taxation and providing amendments to certain legislation*, S.Q. 1979, c. 72. The statute in question provided for school financing through a system of grants; taxation became a complementary method subject to new conditions. The scheme allegedly violated the constitutional guarantees of s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, an allegation which was later sustained by this Court in *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575.

The Superior Court had granted an interlocutory injunction for the following reasons, *inter alia*, at p. 323:

[TRANSLATION] At the outset it must be said that the case at bar is not an *ordinary* constitutional question: we are not concerned here with the usual conflict between the jurisdiction of the federal government and one of the provinces, the jurisdictional conflict between two provinces or a province which is alleged to be legislating beyond the limits of the powers conferred by s. 92 of the *B.N.A. Act*.

Rather, this is a *very special case* (like that of s. 133 of the *B.N.A. Act*), in which the legislation being challenged is said to be contrary to a *constitutional guarantee*.

Accordingly, the question is not simply a constitutional one, it involves a guaranteed right, like the language right (133).

tution pour produire l'électricité par des centrales thermiques ou nucléaires. [C'est moi qui souligne.]

(Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi le 13 février 1975, mais une déclaration de transaction a été déposée en janvier 1980, par suite de quoi, le chef Robert Kanatewat et autres se sont désistés de leur pourvoi le même jour.)

b Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Lavigne*, [1980] C.A. 25, la Cour d'appel du Québec, infirmant encore une fois une décision de la Cour supérieure, [1980] C.S. 318, a rejeté une demande d'injonction interlocutoire qui aurait empêché le procureur général, le ministre de l'Éducation, le ministre des Affaires municipales et d'autres personnes, d'appliquer temporairement certaines dispositions de la *Loi sur la fiscalité municipale et modifiant certaines dispositions législatives*, L.Q. 1979, chap. 72. La loi en question prévoyait le financement des écoles par un système de subventions; l'imposition, qui devenait une méthode complémentaire de financement, était assujettie à des conditions nouvelles. On reprochait à ce régime de violer les garanties constitutionnelles de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, allégation qui a par la suite été retenue par cette Cour dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575.

La Cour supérieure avait accordé une injonction interlocutoire notamment pour les raisons suivantes, qui sont exposées à la p. 323:

Au départ, précisons que le cas d'espèce soumis n'est pas une question constitutionnelle *ordinaire*: il ne s'agit pas ici du conflit habituel entre la juridiction de l'État fédéral et l'une des provinces, du conflit juridictionnel entre deux provinces, d'une province qui légiférerait hors des cadres des pouvoirs accordés par l'article 92 *A.A.N.B.*

i Il s'agit ici plutôt du *cas très spécial* (comme celui de l'article 133 *A.A.N.B.*) où l'on attaque une législation que l'on prétend à l'encontre d'une *garantie constitutionnelle*.

j En conséquence, il ne s'agit pas d'une simple question constitutionnelle, mais d'un droit garanti, comme le droit à la langue (133).

In the case of a constitutional guarantee, such as language or religion, it will suffice that a person appears *prima facie* to have been deprived of a right for him to be absolutely entitled to the remedy of an injunction. This follows from the very nature of the constitutional guarantee. When a right is constitutionally guaranteed, it is indefeasible, however extreme the consequences . . . [Emphasis added.]

The Quebec Court of Appeal reversed the Superior Court, holding as follows at p. 26:

[TRANSLATION] The Superior Court judge, indicating the reasons for issuing the injunctions, held that the disputed provisions *prima facie* infringed the constitutional guarantees contained in s. 93 of the *British North America Act*, and that in that case it will suffice that a person is deprived of a right for him to be absolutely entitled to the remedy of an injunction, without the need of presenting evidence on damage or the balance of convenience.

On reviewing the record and considering the arguments submitted to us by counsel for the parties in connection with the Superior Court judgments, the Court is of the view that the right relied on by the plaintiffs, the applicants for an interlocutory injunction, is not clear, that the questions involved are highly complex ones. There is some doubt as to the scope of the constitutional guarantees relied on and the effect of the injunctions is to suspend the operation of a considerable portion of the law throughout the Province of Quebec. In the circumstances, the presumption that legislation is valid must prevail over the *prima facie* uncertain right at this stage of the proceedings. [Emphasis added.]

It can be seen that, apart from the presumption of constitutionality, the Court of Appeal took into consideration the paralysing impact of the injunction which would have suspended the operation of an important part of the impugned legislation throughout the Province.

A somewhat similar situation arose in *Metropolitan Toronto School Board v. Minister of Education, supra*. Interim measure regulations which provided for the funding of separate schools were challenged as being *ultra vires* by the school board and the teachers' federation in an application for judicial review. The Divisional Court vacated an order of a single judge prohibiting the expenditure of funds pursuant to the regulations, pending a decision of the Divisional Court on the

Il suffit, dans le cas d'une garantie constitutionnelle, comme la langue ou la religion, qu'il appert à sa face même qu'on enlève un droit pour que, d'une façon absolue, le justiciable ait droit à son recours en injonction. Cela découle de la nature même de la garantie constitutionnelle. Quand un droit est garanti constitutionnellement, peu importe l'énormité des conséquences, son aspect immuable demeure . . . [C'est moi qui souligne.]

La Cour d'appel du Québec, qui a infirmé la décision de la Cour supérieure, a conclu, à la p. 26:

Le juge de la Cour supérieure, pour motiver l'émission des injonctions, décide que les dispositions attaquées, à leur face même, viol (sic) des garanties constitutionnelles contenues à l'article 93 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, qu'il suffit dans ce cas qu'on enlève un droit pour que d'une façon absolue, le recours en injonction soit fondé sans que soit requise une preuve de préjudice ou de la balance des inconvénients.

Après étude du dossier et considération des arguments que nous soumettent les procureurs des parties en regard des jugements de la Cour supérieure, nous sommes d'avis que le droit sur lequel se fondent les demandeurs, requérants en injonction interlocutoire, n'est pas clair, que les questions en litige sont fort complexes. L'étendue des garanties constitutionnelles invoquées n'est pas sans susciter des doutes et l'effet des injonctions est de suspendre la mise en opération d'une partie importante de la loi, dans toute la province de Québec. Dans les circonstances, à ce stade des procédures, la présomption de validité de la loi doit prévaloir sur l'apparence d'un droit incertain. [C'est moi qui souligne.]

On peut constater que, outre la présomption de constitutionnalité, la Cour d'appel a pris en considération l'effet paralysant de l'injonction qui aurait suspendu partout dans la province l'application d'une partie importante de la loi attaquée.

Une situation à peu près analogue s'est présentée dans l'affaire *Metropolitan Toronto School Board v. Minister of Education*, précitée. Dans cette affaire, le conseil scolaire et l'association des enseignants, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, contestaient la validité de règlements provisoires prévoyant le financement d'écoles séparées; ils prétendaient en fait que ces règlements étaient *ultra vires*. La Cour divisionnaire a annulé une ordonnance d'un juge siégeant

main application. The following words reflect the interest shown by the Court in the preservation of the educational system (at pp. 293-94):

On the evidence before this Court as between the applicants, on the one hand, and the Roman Catholic Separate School Boards, teachers, students and parents on the other, the balance of convenience overwhelmingly is in the latter's favour. The disruption of the educational system and its interim funding is, in the opinion of this Court, a matter to be avoided at all costs. [Emphasis added.]

Reference can also be made to *Pacific Trollers Association v. Attorney General of Canada*, [1984] 1 F.C. 846, where the Trial Division of the Federal Court declined to grant an interlocutory injunction restraining certain Fisheries Officers from enforcing amendments made to the *Pacific Commercial Salmon Fishery Regulations*, the validity of which had been attacked. And see *Attorney General of Canada v. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 F.C. 791, where the Federal Court of Appeal, reversing the Trial Division, dismissed an application for interlocutory injunction restraining Fisheries Officers from implementing the fishing plan adopted under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, and the *Pacific Commercial Salmon Fishery Regulations*, C.R.C. 1978, c. 823. The plan in question was alleged to be beyond the legislative power of Parliament and beyond the powers conferred by the *Fisheries Act*. The Court noted at p. 795:

... the Judge assumed that the grant of the injunction would not cause any damage to the appellants. This was wrong. When a public authority is prevented from exercising its statutory powers, it can be said, in a case like the present one, that the public interest, of which that authority is the guardian, suffers irreparable harm; ...

These words of the Federal Court of Appeal amplify, somewhat broadly perhaps, the idea expressed in more guarded language by

seul portant interdiction de dépenser les fonds alloués conformément aux règlements, en attendant que la Cour divisionnaire statue sur la demande principale. Il se dégage du passage suivant que la cour s'est souciée de la préservation du système éducatif (aux pp. 293 et 294):

[TRADUCTION] D'après la preuve produite en cette cour par les requérants d'une part et les conseils des écoles séparées catholiques, les enseignants, les élèves et les parents d'autre part, la prépondérance des inconvénients est nettement du côté de ces derniers. Toute perturbation dans le système éducatif et dans son financement provisoire doit, de l'avis de cette Cour, être évitée à tout prix. [C'est moi qui souligne.]

Mentionnons aussi l'affaire *Pacific Trollers Association c. Procureur général du Canada*, [1984] 1 C.F. 846, où la Division de première instance de la Cour fédérale a refusé d'accorder une injonction interlocutoire qui aurait empêché certains fonctionnaires des pêcheries d'appliquer des modifications apportées au *Règlement de pêche commerciale du saumon dans le Pacifique*, modifications dont on contestait la validité. Voir également l'arrêt *Procureur général du Canada c. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 C.F. 791, dans lequel la Cour d'appel fédérale, infirmant la décision de la Division de première instance, a rejeté une demande d'injonction interlocutoire empêchant des fonctionnaires des pêcheries d'exécuter le plan de pêche adopté en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14 et du *Règlement de pêche commerciale du saumon dans le Pacifique*, C.R.C. 1978, chap. 823. Le plan en question, a-t-on prétendu, constituait un excès du pouvoir législatif du Parlement et aussi des pouvoirs conférés par la *Loi sur les pêcheries*. La cour a souligné à la p. 795:

... le juge a eu tort de tenir pour acquis que le fait d'accorder l'injonction ne causerait aucun tort aux appellants. Lorsqu'on empêche un organisme public d'exercer les pouvoirs que la loi lui confère, on peut alors affirmer, en présence d'un cas comme celui qui nous occupe, que l'intérêt public, dont cet organisme est le gardien, subit un tort irréparable; ...

Ces propos de la Cour d'appel fédérale développent, en des termes peut-être un peu généraux, l'idée exprimée d'une façon plus réservée par lord

Browne L.J. in *Smith v. Inner London Education Authority*, [1978] 1 All E.R. 411, at p. 422:

He [the motion judge] only considered the balance of convenience as between the plaintiffs and the authority, but I think counsel for the authority is right in saying that where the defendant is a public authority performing duties to the public one must look at the balance of convenience more widely, and take into account the interests of the public in general to whom these duties are owed. I think this is an example of the 'special factors' affecting the balance of convenience which are referred to by Lord Diplock in *American Cyanamid Co v Ethicon Ltd.*

Similar considerations govern the granting of interlocutory injunctive relief in the context of exemption cases.

Ontario Jockey Club v. Smith (1922), 22 O.W.N. 373, is the earliest example I know of an exemption case. The plaintiff club sought an interim injunction restraining the Provincial Treasurer and the Provincial Police Commissioner from collecting from it a provincial tax which was allegedly indirect and *ultra vires* of the Province or, in the alternative, from closing the club's race track, until a decision was rendered on the merits. Middleton J., concerned with the protection of the public interest, issued the injunction subject to an undertaking by the club to pay into Court from time to time, the amount payable in respect of the taxes claimed.

In *Campbell Motors Ltd. v. Gordon*, [1946] 4 D.L.R. 36, the appellant company sought a declaration that *The National Emergency Transitional Powers Act, 1945*, S.C. 1945, c. 25, and certain regulations made thereunder for the purpose of [s. 2(1)(c)] "maintaining, controlling and regulating supplies and services, prices, transportation . . . to ensure economic stability and an orderly transition to conditions of peace" were *ultra vires* on the ground that the war had come to an end. That appellant company was a used car dealer. It had been convicted four times for contravention to the regulations further to which its licence had been cancelled by the Wartime Prices and Trade Board, three of its motor vehicles had been seized together

judge Browne dans la décision *Smith v. Inner London Education Authority*, [1978] 1 All E.R. 411, à la p. 422:

[TRADUCTION] Il [le juge des requêtes] n'a considéré la prépondérance des inconvénients que par rapport aux demandeurs et à l'Office, mais je crois que l'avocat de celui-ci a raison d'affirmer que, lorsque le défendeur est un organisme public ayant pour tâche de servir le public, on doit examiner la prépondérance des inconvénients sous un angle plus large et tenir compte des intérêts du grand public auquel ces services sont destinés. J'estime qu'il s'agit là d'un exemple des «éléments particuliers» jouant dans la prépondérance des inconvénients, dont fait mention lord Diplock dans l'arrêt *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*

Des considérations semblables s'appliquent à l'injonction interlocutoire dans le contexte des cas d'exemption.

La décision *Ontario Jockey Club v. Smith* (1922), 22 O.W.N. 373, est le plus vieil exemple que je connaisse d'un cas d'exemption. Le club demandeur demandait une injonction provisoire qui aurait interdit au trésorier provincial et au commissaire de police provincial de percevoir auprès du club une taxe provinciale que celui-ci prétendait indirecte et, partant, *ultra vires* de la province, ou, subsidiairement, qui les aurait empêchés de fermer la piste du club en attendant qu'une décision soit rendue sur le fond. Le juge Middleton, soucieux de protéger l'intérêt public, a accordé l'injonction sous réserve que le club s'engage à consigner régulièrement à la cour la somme correspondant aux taxes exigées.

Dans l'affaire *Campbell Motors Ltd. v. Gordon*, [1946] 4 D.L.R. 36, la société appelante demandait un jugement déclaratoire portant que la *Loi de 1945 sur les pouvoirs transitoires résultant de circonstances critiques nationales*, S.C. 1945, chap. 25, et certains règlements adoptés sous son régime pour [al. 2(1)c)] «maintenir, contrôler et réglementer les approvisionnements et services, les prix, les transports . . . afin d'assurer la stabilité économique et une transition ordonnée aux conditions du temps de paix» étaient *ultra vires* parce que la guerre était finie. La société appelante vendait des voitures d'occasion. Par suite de quatre déclarations de culpabilité d'avoir enfreint les règlements, sa licence avait été révoquée par la

with certain books and records and it had been prohibited from selling any motor vehicles except with the concurrence of the representative of the Board in Vancouver. By a majority decision, the British Columbia Court of Appeal, confirming the motion judge, refused to continue an *ex parte* interim injunction restraining members of the Board from prosecuting the company for doing business without a licence and also refused to order the return of the company's seized property. Sidney Smith J.A., who gave the reasons of the majority, wrote at p. 48:

If this injunction were to stand there would be a risk of confusion in the public mind which, in the general interest, should not without good reason be authorized.

Robertson J.A., who agreed with the reasons of Sidney Smith J.A., added at p. 47:

Subsection (c) of s. 2 quoted above, showed the extent of the economic affairs of Canada, to which the legislation applies. If an injunction were to be granted, no one can tell the result it might have on the economic position of Canada, as many persons might, in consequence, refuse to obey the law and, when proceeded against, apply for and obtain injunctions and proceed to do as they wish, thus resulting in economic confusion and ultimately in inflation.

A more recent example can be found in *Black v. Law Society of Alberta* (1983), 144 D.L.R. (3d) 439 (Alta. Q.B.), and *Law Society of Alberta v. Black* (1984), 8 D.L.R. (4th) 346 (Alta. C.A.) The Law Society had adopted two rules, one of which prohibited members from being partners in more than one law firm; the other rule prohibited members residing in Alberta from entering into partnerships with members residing outside Alberta. This latter rule was challenged as being inconsistent with s. 6(2) of the *Charter*. The Alberta Court of Queen's Bench granted an interlocutory injunction restraining the Law Society from enforcing the two rules against the plaintiff solicitors pending the trial of the action. The Law Society only appealed the order granting the interlocutory injunction with respect to the first rule. In

Commission des prix et du commerce en temps de guerre, trois de ses véhicules automobiles avaient été saisis ainsi que certains livres et dossiers et on lui avait interdit de vendre tout véhicule automobile, si ce n'était avec le consentement du représentant de la Commission à Vancouver. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a confirmé la décision du juge de première instance et a refusé de maintenir une injonction provisoire *ex parte* qui empêchait les membres de la Commission de poursuivre la société pour avoir fait affaires sans licence; la Cour d'appel a de plus refusé d'ordonner la restitution des biens saisis à la société. Le juge Sidney Smith, qui a prononcé les motifs de la majorité, a écrit, à la p. 48:

[TRADUCTION] Si cette injonction devait être maintenue, il y aurait risque de confusion dans l'esprit public, ce qui, dans l'intérêt général, ne doit pas être autorisé sans raison valable.

Le juge Robertson, qui a souscrit aux motifs du juge Sidney Smith, a ajouté, à la p. 47:

[TRADUCTION] L'alinéa c) de l'art. 2 cité ci-dessus révèle l'ampleur des affaires économiques canadiennes auxquelles s'applique la législation. Nul ne peut dire quel effet une injonction pourrait avoir sur la situation économique du Canada, car bien des gens pourraient, en conséquence, refuser d'obéir à la loi et, quand on leur intenterait des poursuites, ils pourraient demander et obtenir des injonctions et ensuite faire à leur guise, ce qui aboutirait à la confusion économique et, à la longue, à l'inflation.

Un exemple plus récent se trouve dans les affaires *Black v. Law Society of Alberta* (1983), 144 D.L.R. (3d) 439 (B.R. Alb.), et *Law Society of Alberta v. Black* (1984), 8 D.L.R. (4th) 346 (C.A. Alb.) La Law Society (le Barreau) avait adopté deux règles. L'une interdisait aux membres d'être des associés dans plus d'un cabinet d'avocats; l'autre défendait les membres résidant en Alberta de s'associer avec des membres demeurant en dehors de l'Alberta. Cette dernière règle a été contestée parce qu'on la prétendait incompatible avec le par. 6(2) de la *Charte*. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a accordé une injonction interlocutoire qui empêchait le Barreau d'appliquer les deux règles aux avocats demandeurs en attendant l'instruction de l'action. Le Barreau n'a interjeté appel de l'ordonnance accordant l'injonction interlocu-

allowing the appeal, Kerans J.A., who delivered the reasons of the Court, wrote at p. 349:

It is correct . . . that the fact that the injunction is sought against a public authority exercising a statutory power is a matter to be considered when one comes to the balance of convenience. However, we do not agree that the *Cyanamid* test simply disappears in such a case.

The *Morgentaler* case, *supra*, is an exemption case involving the *Charter* which has been quoted and relied upon several times. The plaintiff applicants had opened a clinic offering abortion services, which was not an "accredited hospital" within the meaning of s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. They commenced an action claiming that s. 251 was inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and an interim injunction and a permanent injunction. Pending the hearing and disposition of the interim injunction, they sought an "interim interim" injunction restraining the Chief of the Metropolitan Toronto Police Force, the Commissioner of the Ontario Provincial Police, and their servants, agents or any persons acting under their instruction, from investigating, enquiring into, reporting and otherwise acting upon the activities of the plaintiffs referable only to s. 251 of the *Criminal Code*. Linden J., of the Ontario High Court, dismissed their application and expressed the following opinion on the balance of convenience at pp. 666-68:

The third matter that must be demonstrated is that the balance of convenience in the granting of an interim injunction favours the applicants over the respondents. If only these two sets of parties were involved in this application it might well be that the convenience of the applicants would predominate over that of the respondents, since the applicants have much to lose while the respondents do not. However, this is not an ordinary civil injunction matter; it involves a significant question of constitutional law and raises a major public issue to be addressed—that is, what may law enforcement agen-

toire que dans la mesure où elle visait la première règle. L'appel a été accueilli et le juge Kerans, qui a prononcé les motifs de la cour, a écrit, à la p. 349:

^a [TRADUCTION] Il est exact . . . que le fait que l'injonction demandée vise un organisme public qui exerce un pouvoir conféré par une loi doit entrer en ligne de compte quand on considère la prépondérance des inconvénients. Toutefois, nous ne sommes pas d'accord pour ^b dire que le critère formulé dans l'arrêt *Cyanamid* cesse simplement de s'appliquer dans un cas semblable.

L'affaire *Morgentaler*, précitée, est un cas ^c d'exemption portant sur la *Charte*. Cette décision a été citée et invoquée à plusieurs reprises. Les requérants demandeurs avaient ouvert une clinique offrant des services d'avortement, laquelle clinique n'était pas un «hôpital accrédité» au sens de l'art. ^d 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Ils ont intenté une action dans laquelle ils alléguaient que l'art. 251 était incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui visait à obtenir une injonction provisoire ainsi ^e qu'une injonction permanente. En attendant l'issue de l'audition relative à l'injonction provisoire, ils ont demandé une injonction «doublement provisoire» qui aurait empêché le chef de la police de ^f Toronto, le commissaire de la Sûreté de l'Ontario, leurs préposés, leurs mandataires ou toute personne agissant conformément à leurs directives, de mener une investigation ou une enquête ou de faire rapport sur les activités des demandeurs et de ^g prendre tout autre mesure à cet égard, relativement à l'art. 251 du *Code criminel* seulement. Le juge Linden de la Haute Cour de l'Ontario a rejeté leur demande et a exprimé sur la question de la ^h prépondérance des inconvénients l'opinion suivante (aux pp. 666 à 668):

ⁱ [TRADUCTION] Troisièmement, il faut démontrer que, selon la règle de la prépondérance des inconvénients, l'injonction provisoire favoriserait les requérants aux dépens des intimés. Si ces parties étaient les seules impliquées dans la présente requête, il pourrait y avoir lieu de faire pencher la balance en faveur des requérants par rapport aux intimés, puisque les requérants ont beaucoup à perdre mais non les intimés. Mais il ne s'agit ^j pas ici d'une injonction ordinaire, au civil; l'affaire soulève une importante question de droit constitutionnel et une question d'intérêt public majeure: que peuvent

cies do pending the outcome of constitutional litigation challenging the laws they are meant to enforce?

It is contended in this application that the courts should halt all prosecution (and even investigation) of alleged offences under s. 251 pending the final resolution of the constitutional issue. Such a step would grant to potential offenders an immunity from prosecution in the interim and perhaps forever. In the event that the impugned law is ultimately held to be invalid, no harm would be done by such a course of conduct. But, if the law is ultimately held to be constitutional, the result would be that the courts would have prohibited the police from investigating and prosecuting what has turned out to be criminal activity. This cannot be.

For example, let us assume that someone challenged the constitutional validity of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N1, and sought an injunction to prevent the police from investigating and prosecuting that person for importing and selling narcotics pending the resolution of the litigation. If the court granted the injunction, the sale of narcotic drugs would be authorized by court order, which would be most inappropriate if the law is later held to be valid.

In my view, therefore, the balance of convenience normally dictates that those who challenge the constitutional validity of laws must obey those laws pending the court's decision. If the law is eventually proclaimed unconstitutional, then it need no longer be complied with, but until that time, it must be respected and this court will not enjoin its enforcement. Such a course of action seems to be the best method of ensuring that our society will continue to respect the law at the same time as it is being challenged in an orderly way in the courts. This does not mean, however, that in exceptional circumstances this court is precluded from granting an interim injunction to prevent grave injustice, but that will be rare indeed.

The principles followed in the above-quoted cases have been summarized and confirmed for the greater part by this Court in *Gould, supra*. Gould, a penitentiary inmate prohibited from voting by s. 14(4)(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14, had commenced an action in the Trial Division of the Federal Court seeking a declaration that the provision in question was invalid as contrary to s. 3 of the *Canadian Charter*

faire les organes d'application de la loi en attendant l'issue d'un litige constitutionnel mettant en cause les lois qu'ils doivent appliquer?

On soutient dans cette requête que les tribunaux devraient faire cesser toute poursuite (et même toute enquête) portant sur les prétendues infractions à l'art. 251 jusqu'à jugement définitif sur le litige constitutionnel. Une telle démarche aurait pour effet d'accorder aux contrevenants éventuels une impunité provisoire, voire définitive. Si la loi contestée devait finalement être jugée invalide, aucun dommage n'aurait alors été causé, mais si au contraire elle était jugée constitutionnelle, les tribunaux auraient en réalité interdit à la force policière de faire des enquêtes et d'entamer des poursuites relativement à ce qui était en fin de compte une activité criminelle. Cela ne saurait être.

Par exemple, supposons que soit mise en cause la validité constitutionnelle de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, et qu'on demande une injonction afin d'interdire à la force policière de faire enquête et de poursuivre ceux qui se livrent au trafic de stupéfiants, en attendant qu'il soit statué sur ce litige. Si la cour accordait l'injonction, la vente de ces stupéfiants s'en trouverait autorisée par ordonnance judiciaire, ce qui serait tout à fait déplorable si la loi était ultérieurement jugée valide.

À mon avis, la règle du plus grand préjudice dicte donc normalement que ceux qui contestent la validité constitutionnelle des lois doivent leur obéir tant que la cour n'a pas statué. Si la loi est en fin de compte jugée inconstitutionnelle, il n'y a plus lieu alors de la respecter, mais jusqu'à ce moment, elle doit être appliquée et la cour n'ordonnera pas qu'elle ne le soit pas. Cette solution paraît être le meilleur moyen d'assurer dans notre société le respect de la loi au moment même où elle est contestée dans le respect de l'ordre devant les tribunaux. Cela ne signifie toutefois pas que, dans des cas exceptionnels, il ne sera pas permis à la cour d'accorder une injonction provisoire pour prévenir une grave injustice, mais ces cas seront vraiment rares.

La plupart des principes appliqués dans les décisions susmentionnées ont été résumés et confirmés par cette Cour dans l'arrêt *Gould*, précité. Gould, un détenu dans un pénitencier, à qui l'al. 14(4)e) de la *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), chap 14, interdisait de voter, avait engagé devant la Division de première instance de la Cour fédérale une action visant à obtenir un jugement déclarant la disposition en question invalide parce

of *Rights and Freedoms* which provides that every citizen of Canada has the right to vote. With a general election about to be held, the inmate applied for an interlocutory injunction, mandatory in nature, requiring the Chief Electoral Officer and the Solicitor General to allow him to vote by proxy. By a majority decision reversing the Trial Division, the Federal Court of Appeal dismissed his application. Mahoney J., with whom this Court expressed its general agreement, wrote at p. 1139 as follows:

Paragraph 14(4)(e) plainly cannot stand unless, by virtue of section 1 of the Charter, it is found to be a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society.

That the respondent inmate had thus a *prima facie* case was, however, not considered as conclusive. Mahoney J. went on to consider the general repercussions of the remedy sought by the respondent and dismissed his application for interlocutory injunction on the following grounds, *inter alia*, to be found at pp. 1139-40:

To treat the action as affecting only the rights of the respondent is to ignore reality. If paragraph 14(4)(e) is found to be invalid in whole or part, it will, to that extent, be invalid as to every incarcerated prisoner in Canada. That is why, with respect, I think the learned Trial Judge erred in dealing with it as though the application before her was a conventional application for an interlocutory injunction to be disposed of taking account of the balance of convenience as between only the respondent and appellants.

And, as we have already seen above, Mahoney J. went on to hold that the interlocutory injunction should be refused for the additional reason that it decided the merits, a matter that should not be resolved at the interlocutory stage.

The same principles have been followed recently in *Bregzis v. University of Toronto* (1986), 9 C.C.E.L. 282, where the applicant, an associate librarian, was retired involuntarily from his employment with the university, when he reached the age of sixty-five, in accordance with the university's mandatory retirement policy. He chal-

qu'elle contrevenait à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui reconnaît à tout citoyen du Canada le droit de voter. À la veille d'une élection générale, le détenu a demandé une injonction interlocutoire de caractère obligatoire qui aurait obligé le directeur général des élections et le solliciteur général à lui permettre de voter par procuration. La Cour d'appel fédérale à la majorité a infirmé la décision de la Division de première instance et a rejeté sa demande. Le juge Mahoney, avec lequel cette Cour s'est dite généralement d'accord, a écrit ce qui suit (à la p. 1139):

L'alinéa 14(4)e ne peut manifestement rester valide à moins que l'on puisse conclure, en vertu de l'article 1 de la Charte, qu'il constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le fait que le détenu intimé avait donc établi une apparence de droit suffisante n'a toutefois pas été considéré comme concluant. Le juge Mahoney a examiné ensuite les répercussions générales du redressement sollicité par l'intimé, puis a rejeté sa demande d'injonction interlocutoire notamment pour les motifs suivants qui sont exposés aux pp. 1139 et 1140:

Considérer que cette action ne touche que les droits de l'intimé équivaut à ne pas tenir compte de la réalité. Si l'alinéa 14(4)e est jugé nul en tout ou en partie, il sera nul en ce qui concerne tout prisonnier incarcéré au Canada. C'est pourquoi, en toute déférence, j'estime que le juge de première instance a commis une erreur en traitant la demande dont elle avait été saisie comme s'il s'agissait d'une demande ordinaire d'injonction interlocutoire dont il fallait connaître en considérant que les inconvénients devraient être répartis entre l'intimé et les appelants seulement.

De plus, comme nous l'avons déjà vu, le juge Mahoney a conclu que l'injonction interlocutoire devait être refusée en outre parce que l'injonction constituait une décision sur le fond, ce qui était hors de propos au stade interlocutoire.

Les mêmes principes ont été suivis récemment dans l'affaire *Bregzis v. University of Toronto* (1986), 9 C.C.E.L. 282, dans laquelle le requérant, un bibliothécaire adjoint a dû, en conformité avec la politique de retraite obligatoire de l'université, quitter son poste à l'université contre son gré quand il a atteint l'âge de 65 ans. Il a contesté la

lenged the legality of the retirement policy as well as s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, on the ground that they offended s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In his reasons, Osborne J. of the Ontario Supreme Court referred to judgments in both *Morgentaler, supra*, and *Gould, supra*, and agreed that "the spectrum of concern on the balance of convenience issue must be wider than the issue joined by the parties themselves" (p. 286).

Another case involving facts somewhat similar to *Bregzis* is *Vancouver General Hospital v. Stoffman* (1985), 23 D.L.R. (4th) 146, where the plaintiffs, fifteen doctors with active medical practices, contested the validity of a hospital regulation approved by the Minister of Health pursuant to the *Hospital Act*, R.S.B.C. 1979, c. 176, and under the authority of which their admitting privileges had been terminated because they were over the age of sixty-five. The regulation allegedly constituted discrimination based on age in violation of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In a unanimous judgment, the British Columbia Court of Appeal confirmed the judgment of the Supreme Court of British Columbia which had granted the doctors an interlocutory injunction restraining the hospital from interfering with their privileges pending termination of the issue. While the Court of Appeal did not explicitly refer to the public interest, it nevertheless showed its concern for the safety of the fifteen respondents' patients in holding that "All of the doctors were in good health at the material time" (at p. 154).

Finally, in *Rio Hotel Ltd. v. Liquor Licensing Board*, [1986] 2 S.C.R. ix, *Rio Hotel Ltd.* which had admittedly violated the conditions of its liquor permit relating to the presence of nude dancers on the premises, challenged the validity of those conditions on the basis of the *Charter* as well as of ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. It had

légalité de cette politique en matière de retraite et aussi la définition d'«âge» à l'art. 9 du *Code des droits de la personne 1981*, S.O. 1981, chap. 53, parce que, selon lui, ils allaient à l'encontre de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans ses motifs de jugement, le juge Osborne de la Cour suprême de l'Ontario s'est référé aux jugements rendus dans l'affaire *Morgentaler*, précitée, et aussi dans l'affaire *Gould*, précitée, et s'est dit d'accord que [TRADUCTION] «sur la question de la prépondérance des inconvénients, la portée de l'examen ne doit pas se limiter au point mis en litige par les parties elles-mêmes» (à la p. 286).

Une affaire dont les faits se rapprochent de ceux de l'affaire *Bregzis* est *Vancouver General Hospital v. Stoffman* (1985), 23 D.L.R. (4th) 146, dans laquelle les demandeurs, quinze médecins qui exerçaient activement la médecine, contestaient la validité d'un règlement hospitalier approuvé par le ministre de la Santé sous le régime de la *Hospital Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 176, et en vertu duquel on leur avait retiré leurs privilèges d'admission parce qu'ils avaient plus de 65 ans. Le règlement, prétendait-on, constituait une discrimination fondée sur l'âge, ce qu'interdit le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans un arrêt unanime, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé le jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui avait accordé aux médecins une injonction interlocutoire qui défendait à l'hôpital de toucher à leurs privilèges en attendant que la question en litige soit tranchée. Bien que la Cour d'appel n'ait pas mentionné explicitement l'intérêt public, elle a néanmoins manifesté sa préoccupation à l'égard de la sécurité des patients des quinze intimés lorsqu'elle a conclu que [TRADUCTION] «tous les médecins étaient en bonne santé à l'époque pertinente» (à la p. 154).

Finale­ment, dans l'affaire *Rio Hotel Ltd. c. Commission des licences et permis d'alcool*, [1986] 2 R.C.S. ix, *Rio Hotel Ltd.*, qui reconnaissait avoir violé les conditions de son permis d'alcool relatives à la présence de danseuses nues dans ses locaux, s'est fondée sur la *Charte* ainsi que sur les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

lost in the New Brunswick Court of Appeal and was threatened with the cancellation of its permit when, in an unreported judgment dated July 31, 1986, this Court granted it leave to appeal as well as a stay of proceedings before the Liquor Licensing Board, pending the determination of its appeal. The stay was granted subject to compliance with an expedited schedule for filing the materials and for hearing the appeal. No reasons were given by this Court but those who were present at the oral argument of the application for leave to appeal and for a stay could easily infer from exchanges between members of the Court and counsel that the Court was alive to the enforcement problems created for the New Brunswick Liquor Licensing Board with respect to licence holders other than the Rio Hotel.

(iii) *Conclusion*

It has been seen from what precedes that suspension cases and exemption cases are governed by the same basic rule according to which, in constitutional litigation, an interlocutory stay of proceedings ought not to be granted unless the public interest is taken into consideration in the balance of convenience and weighted together with the interest of private litigants.

The reason why exemption cases are assimilated to suspension cases is the precedential value and exemplary effect of exemption cases. Depending on the nature of the cases, to grant an exemption in the form of a stay to one litigant is often to make it difficult to refuse the same remedy to other litigants who find themselves in essentially the same situation, and to risk provoking a cascade of stays and exemptions, the sum of which make them tantamount to a suspension case.

The problem had already been raised in the *Campbell Motors* case, *supra*, where Robertson J.A. wrote at p. 47 in the above-quoted passage:

pour contester la validité de ces conditions. Débouté en Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, le Rio Hotel était menacé de l'annulation de sa licence quand, dans une décision inédite en date du 31 juillet 1986, cette Cour lui a accordé l'autorisation de pourvoi ainsi que la suspension des procédures devant la Commission des licences et permis d'alcool en attendant l'issue de son pourvoi. La suspension d'instance fut accordée à la condition que la production de documents en vue du pourvoi et l'audition aient lieu dans des délais abrégés. Cette Cour n'a pas motivé sa décision, mais ceux qui étaient présents à l'audition relative à la demande d'autorisation de pourvoi et à la demande de suspension d'instance pouvaient facilement déduire des échanges entre les membres de la Cour et les avocats que la Cour était préoccupée par les problèmes d'application qui en résulteraient pour la Commission des licences et permis d'alcool du Nouveau-Brunswick dans le cas de titulaires de licences autres que le Rio Hotel.

iii) *Conclusion*

Il se dégage de ce qui précède que les cas de suspension et les cas d'exemption sont régis par la même règle fondamentale selon laquelle, dans les affaires constitutionnelles, une suspension interlocutoire d'instance ne devrait pas être accordée à moins que l'intérêt public ne soit pris en considération dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients en même temps que l'intérêt des plaideurs privés.

Si les cas d'exemption sont assimilés aux cas de suspension, cela tient à la valeur jurisprudentielle et à l'effet exemplaire des cas d'exemption. Suivant la nature des affaires, du moment qu'on accorde à un plaideur une exemption sous la forme d'une suspension d'instance, il est souvent difficile de refuser le même redressement à d'autres justiciables qui se trouvent essentiellement dans la même situation et on court alors le risque de provoquer une avalanche de suspensions d'instance et d'exemptions dont l'ensemble équivaut à un cas de suspension de la loi.

Ce problème avait déjà été évoqué dans l'arrêt *Campbell Motors*, précité, où le juge Robertson a écrit, dans le passage déjà reproduit à la p. 47:

If an injunction were to be granted, no one can tell the result it might have on the economic position of Canada, as many persons might, in consequence, refuse to obey the law and, when proceeded against, apply for and obtain injunctions and proceed to do as they wish . . .

In a case like the *Morgentaler* case, *supra*, for instance, to grant a temporary exemption from the provisions of the *Criminal Code* to one medical doctor is to make it practically impossible to refuse it to others. This consideration seems to have been very much in the mind of Linden J. in that case where, passing from the particular to the general, he wrote at p. 667:

It is contended in this application that the courts should halt all prosecution (and even investigation) of alleged offences . . . Such a step would grant to potential offenders an immunity from prosecution in the interim and perhaps forever.

This being said, I respectfully take the view that Linden J. has set the test too high in writing in *Morgentaler, supra*, that it is only in "exceptional" or "rare" circumstances that the courts will grant interlocutory injunctive relief. It seems to me that the test is too high at least in exemption cases when the impugned provisions are in the nature of regulations applicable to a relatively limited number of individuals and where no significant harm would be suffered by the public: it does not seem to me, for instance, that the cases of *Law Society of Alberta v. Black, supra*, and *Vancouver General Hospital v. Stoffman, supra*, can be considered as exceptional or rare. Even the *Rio Hotel* case, *supra*, where the impugned provisions were broader, cannot, in my view, be labeled as an exceptional or rare case.

On the other hand, the public interest normally carries greater weight in favour of compliance with existing legislation in suspension cases when the impugned provisions are broad and general and such as to affect a great many persons. And it may well be that the above mentioned test set by Linden J. in *Morgentaler, supra*, is closer to the

[TRADUCTION] Nul ne peut dire quel effet une injonction pourrait avoir sur la situation économique du Canada, car bien des gens pourraient, en conséquence, refuser d'obéir à la loi et, quand on leur intenterait des poursuites, ils pourraient demander et obtenir des injonctions et ensuite faire à leur guise . . .

Dans un cas comme l'affaire *Morgentaler*, précitée, par exemple, accorder à un médecin une exemption temporaire de l'application des dispositions du *Code criminel* rend pratiquement impossible de la refuser à d'autres médecins. Cette considération semble avoir été bien présente à l'esprit du juge Linden dans cette affaire-là quand, passant du particulier au général, il a écrit, à la p. 667:

[TRADUCTION] On soutient dans cette requête que les tribunaux devraient faire cesser toute poursuite (et même toute enquête) portant sur les prétendues infractions . . . Une telle démarche aurait pour effet d'accorder aux contrevenants éventuels une impunité provisoire, voire définitive.

Cela dit, j'estime avec égards que le juge Linden pose un critère trop sévère quand il dit dans la décision *Morgentaler*, précitée, que ce n'est que dans des cas «exceptionnels» ou «rares» que les tribunaux accorderont une injonction interlocutoire. À mon sens, le critère est trop sévère, du moins dans les cas d'exemption lorsque les dispositions attaquées revêtent la forme de règlements applicables à un nombre relativement restreint de personnes et lorsqu'aucun préjudice appréciable n'est subi par le public: je ne crois pas, par exemple, que les situations qui se présentent dans les affaires *Law Society of Alberta v. Black* et *Vancouver General Hospital v. Stoffman*, précitées, peuvent être considérées comme exceptionnelles ou rares. Même l'affaire *Rio Hotel*, précitée, où les dispositions contestées étaient de portée plus large, ne peut, selon moi, être qualifiée de cas exceptionnel ou rare.

D'un autre côté, dans les cas de suspension, lorsque les dispositions contestées sont de portée large et générale et touchent un grand nombre de personnes, l'intérêt public commande normalement davantage le respect de la législation existante. Il se peut bien que le critère susmentionné qu'a formulé le juge Linden dans l'affaire *Morgentaler*,

mark with respect to this type of case. In fact, I am aware of only two instances where interlocutory relief was granted to suspend the operation of legislation and, in my view, these two instances present little precedent value.

One of these instances is *Home Oil Distributors Ltd. v. Attorney-General for British Columbia*, *supra*, where the majority of the British Columbia Court of Appeal confirmed the granting of an interlocutory injunction restraining the enforcement of the *Coal and Petroleum Products Control Board Act*, S.B.C. 1937, c. 8, pending final determination of the validity of this statute which regulated the price at which gasoline could be sold in the province. The impugned legislation was *intra vires* on its face. The sole ground invoked against it was that it constituted a colourable attempt to regulate the international oil industry and to foster the local coal industry at the expense of that of foreign petroleum. And the sole evidence of this colourable intent was the interim report of a Royal Commission made prior to the passing of the statute. In *Home Oil Distributors Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1940] S.C.R. 444, this Court looked at the report of the Royal Commission but it upheld the validity of the legislation. The granting of an interlocutory injunction by the motion judge, confirmed by the Court of Appeal, in a case of this nature, is an early and perhaps the first example where this was done in Canada. In a strong dissent, McQuarrie J.A. was the only judge who dealt at any length with the public interest aspect of the case and underlined the one million dollars a year cost of the injunction to the public. The decision seems to have been regarded as an isolated one in the *Campbell Motors* case, *supra*, at p. 48, in a passage that may amount to a veiled criticism. In my view, the *Home Oil Distributors* decision of the British Columbia Court of Appeal constitutes a weak precedent.

The other instance is *Société Asbestos Ltée c. Société nationale de l'amiante*, [1979] C.A. 342, where the Quebec Court of Appeal, reversing the Superior Court, issued an interlocutory injunction restraining the Attorney General and any other

précitée, convienne mieux à ce type de cas. En fait, je ne connais que deux affaires où on a accordé un redressement interlocutoire pour suspendre l'application d'une loi et, à mon avis, ces deux affaires ont peu de valeur comme précédents.

L'une d'elles est l'affaire *Home Oil Distributors Ltd. v. Attorney-General for British Columbia*, précitée, dans laquelle la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a confirmé une injonction interlocutoire accordée pour empêcher l'application de la *Coal and Petroleum Products Control Board Act*, S.B.C. 1937, chap. 8, en attendant une décision définitive sur la validité de cette loi qui fixait le prix de vente de l'essence dans la province. La loi attaquée était à première vue *intra vires*. On lui reprochait seulement de constituer une tentative déguisée de réglementer l'industrie pétrolière internationale et de favoriser l'industrie charbonnière locale au détriment du pétrole étranger. L'unique élément de preuve établissant cette intention déguisée était le rapport provisoire qu'une commission royale avait dressé antérieurement à l'adoption de la loi. Dans l'arrêt *Home Oil Distributors Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1940] R.C.S. 444, cette Cour a examiné le rapport de la commission royale mais a conclu à la validité de la loi. L'injonction interlocutoire accordée par le juge de première instance et confirmée par la Cour d'appel représente peut-être la première injonction interlocutoire rendue au Canada dans un cas de ce genre. Dans une dissidence énergique en Cour d'appel, le juge MacQuarrie a été le seul juge à examiner plus en détail l'aspect intérêt public de l'affaire et à souligner que l'injonction coûtait au public un million de dollars par année. D'après un passage de l'arrêt *Campbell Motors*, précité, à la p. 48, qui revient peut-être à une critique voilée, l'affaire *Home Oil Distributors* semble avoir été vue comme un cas isolé. À mon avis, l'arrêt *Home Oil Distributors* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique constitue un précédent faible.

Dans l'autre affaire, *Société Asbestos Ltée c. Société nationale de l'amiante*, [1979] C.A. 342, la Cour d'appel du Québec, infirmant une décision de la Cour supérieure, a rendu une injonction interlocutoire qui interdisait au procureur général

person, physical or corporate, from enforcing any right conferred upon them by Bill No. 70, *Loi constituant la Société nationale de l'amiante* and by Bill No. 121, *Loi modifiant la Loi constituant la Société nationale de l'amiante*, pursuant to which the appellant's property could be expropriated and the constitutional validity of which had been challenged in a declaratory action. The two statutes in question had been enacted in the French language only, in violation of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, and the Court of Appeal immediately came to the firm conclusion that, on that account, they were invalid. This is one of those exceptional cases where the merits were in fact decided at the interlocutory stage.

In short, I conclude that in a case where the authority of a law enforcement agency is constitutionally challenged, no interlocutory injunction or stay should issue to restrain that authority from performing its duties to the public unless, in the balance of convenience, the public interest is taken into consideration and given the weight it should carry. Such is the rule where the case against the authority of the law enforcement agency is serious, for if it were not, the question of granting interlocutory relief should not even arise. But that is the rule also even where there is a *prima facie* case against the enforcement agency, such as one which would require the coming into play of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I should point out that I would have reached the same conclusion had s. 24 of the *Charter* been relied upon by counsel. Assuming for the purpose of the discussion that this provision applies to interlocutory relief in the nature of the one sought in this case, I would still hold that the public interest must be weighed as part of the balance of convenience: s. 24 of the *Charter* clearly indicates that the remedy sought can be refused if it is not considered by the court to be "appropriate and just in the circumstances".

et à toute autre personne, physique ou civile, d'exercer tout droit que leur conférerait la loi n° 70, *Loi constituant la Société nationale de l'amiante*, et la loi n° 121, *Loi modifiant la Loi constituant la Société nationale de l'amiante*, qui autoriseraient l'expropriation des biens de l'appelante et dont la constitutionnalité avait été contestée dans une action en jugement déclaratoire. Les deux lois en question avaient été adoptées en français seulement, ce qui allait à l'encontre de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et la Cour d'appel est arrivée immédiatement à la ferme conclusion qu'elles étaient pour cette raison invalides. Il s'agit là d'un de ces cas exceptionnels où une décision au fond pouvait intervenir au stade interlocutoire.

En bref, je conclus que, lorsque l'autorité d'un organisme chargé de l'application de la loi fait l'objet d'une attaque fondée sur la Constitution, aucune injonction interlocutoire ni aucune suspension d'instance ne devrait être prononcée pour empêcher cet organisme de remplir ses obligations envers le public, à moins que l'intérêt public ne soit pris en considération et ne reçoive l'importance qu'il mérite dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients. Telle est la règle lorsqu'il y a un doute sérieux relativement à l'autorité de l'organisme chargé de l'application de la loi car, s'il en était autrement, la question d'un redressement interlocutoire ne devrait même pas se poser. Toutefois, cette règle s'applique aussi même lorsqu'on considère qu'il y a une apparence de droit suffisante contre l'organisme chargé de l'application de la loi, laquelle apparence de droit nécessiterait par exemple le recours à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Je dois souligner que ma conclusion aurait été la même si les procureurs s'étaient appuyés sur l'art. 24 de la *Charte*. À supposer aux fins de la présente analyse que cette disposition s'applique à un redressement interlocutoire comme celui demandé en l'espèce, je serais tout de même d'avis que l'intérêt public doit entrer en ligne de compte dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients: il ressort nettement de l'art. 24 de la *Charte* que le redressement demandé peut être refusé si la cour estime qu'il n'est pas «convenable et juste eu égard aux circonstances».

On the whole, I thus find myself in agreement with the following excerpt from Sharpe, *op. cit.*, at pp. 176-77:

Indeed, in many situations, problems will arise if no account is taken of the general public interest where interlocutory relief is sought. In assessing the risk of harm to the defendant from an interlocutory injunction which might later be dissolved at trial, the courts may be expected to be conscious of the public interest. Too ready availability of interlocutory relief against government and its agencies could disrupt the orderly functioning of government.

I would finally add that in cases where an interlocutory injunction issues in accordance with the above-stated principles, the parties should generally be required to abide by the dates of a preferential calendar so as to avoid undue delay and reduce to the minimum the period during which a possibly valid law is deprived of its effect in whole or in part. See in this respect *Black v. Law Society of Alberta*, *supra*, p. 453, and the *Rio Hotel* case, *supra*.

V Review of the Judgments of the Courts Below

Finally, it is now appropriate to review the judgments of the courts below in light of the principles set out above.

The main legislative provision under attack is s. 75.1 of *The Labour Relations Act* of Manitoba, enacted in S.M. 1984-85, c. 21, s. 37, which enables the Board to settle the provisions of a first collective agreement. It is alleged by the employer that these provisions in question violate ss. 2(b), (d) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* relating respectively to freedom of expression, freedom of association, liberty and security of the person. The Manitoba Court of Appeal has taken the view that the employer raises "a serious challenge" to the constitutional validity of the impugned provision and all the parties have conceded that the constitutional challenge is indeed a serious one. The test of a "serious question" applicable in a constitutional challenge of a law has therefore been met.

Dans l'ensemble, j'approuve donc le passage suivant tiré de Sharpe, *op. cit.*, aux pp. 176 et 177:

[TRADUCTION] En fait, dans bien des situations, des problèmes surgiront si l'intérêt public général n'est pas pris en considération lorsqu'on demande un redressement interlocutoire. On peut s'attendre que, dans l'appréciation du risque de préjudice que peut présenter pour un défendeur une injonction interlocutoire susceptible d'être annulée au procès, les tribunaux aient à l'esprit l'intérêt public. S'il était trop facile d'obtenir un redressement interlocutoire contre le gouvernement et ses organismes, cela pourrait venir perturber le bon fonctionnement du gouvernement.

J'ajouterais en dernier lieu que, dans les cas où une injonction interlocutoire est accordée en conformité avec les principes énoncés ci-dessus, les parties devraient généralement être tenues de respecter un calendrier spécial afin d'éviter les retards indus et de réduire au minimum la période durant laquelle une loi qui est peut-être valide est privée totalement ou partiellement de son effet. Voir à cet égard les affaires *Black v. Law Society of Alberta*, précitée, à la p. 453, et *Rio Hotel*, précitée.

V Examen des jugements des tribunaux d'instance inférieure

Il convient enfin d'étudier à la lumière des principes énoncés précédemment les jugements des tribunaux d'instance inférieure.

La contestation porte essentiellement sur l'art. 75.1 de *The Labour Relations Act* du Manitoba, adopté par S.M. 1984-85, chap. 21, art. 37, qui autorise la Commission à établir la teneur d'une première convention collective. L'employeur allègue que les dispositions en cause enfreignent les al. 2b) et d) ainsi que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui traitent respectivement de la liberté d'expression, de la liberté d'association et de la liberté et de la sécurité de la personne. Selon la Cour d'appel du Manitoba, l'employeur «soulève une question sérieuse» relativement à la constitutionnalité de la disposition attaquée et toutes les parties reconnaissent le sérieux de la contestation fondée sur la Constitution. On a donc satisfait au critère de la «question sérieuse» qui doit être rempli quand la constitutionnalité d'une loi est contestée.

The "irreparable harm" test also clearly appears to have been satisfied.

As I read her reasons, Krindle J., at p. 153, implicitly accepted the employer's argument that the imposition of a first contract was susceptible to prejudice its position:

It may give to the union a semblance of bargaining strength which the union does not in fact possess. It may permit the union to benefit from a contract which, left to its own devices, it could not have successfully negotiated. That, however, was the object of the legislation.

It is difficult to imagine how the employer can be compensated satisfactorily in damages, for instance for the imposition of possibly higher wages or of better conditions of work, if it is later to be held that the imposed collective agreement is a constitutional nullity.

The same observation should be made with respect to the position of the union; as I understand the findings of Krindle J., the very existence of the unit was compromised without the imposition of a first collective agreement.

Krindle J.'s findings of facts have not been questioned by the Court of Appeal and it is not for this Court to review these findings.

Krindle J. then considered the balance of convenience and I refer in this respect to the above-quoted parts of her reasons for judgment. I am of the view that she applied the correct principles. More particularly, at p. 154, she looked at the public interest and at the inhibitory impact of a stay of proceedings upon the Board, in addition to its effect upon the employer and the union:

It would seem to me that the granting of a stay in this case would invite the granting of stays in most other cases of applications for first agreements or applications involving the mandatory inclusion of sections within negotiated agreements. In effect, for a two or three year period, prior to any finding of invalidity of those sections, their operation would be suspended, suspended in circumstances where the status quo cannot, practically speaking, be maintained.

On paraît manifestement avoir satisfait aussi au critère du «préjudice irréparable».

Selon mon interprétation de ses motifs, le juge Krindle, à la p. 153, a implicitement retenu l'argument de l'employeur qui affirmait que sa position risquerait d'être affaiblie si une première convention collective était imposée:

[TRADUCTION] Cela pourrait conférer au Syndicat une apparente force de négociation qu'il ne possède pas en réalité. Cela pourrait permettre au Syndicat de bénéficier d'un contrat qu'il n'aurait pas pu réussir à négocier par lui-même. C'était toutefois là l'objet de la loi.

On conçoit mal comment des dommages-intérêts pourront constituer une compensation adéquate pour l'employeur qui se voit par exemple obligé d'offrir des salaires peut-être plus élevés ou des meilleures conditions de travail, si la convention collective ainsi imposée doit être par la suite jugée inconstitutionnelle.

La même observation s'applique à la situation du Syndicat. Si je comprends bien les conclusions du juge Krindle, l'existence même de l'unité de négociation serait compromise si une première convention collective n'était pas imposée.

Les conclusions de fait du juge Krindle n'ont pas été mises en doute par la Cour d'appel et il ne nous appartient pas de réviser ces conclusions.

Le juge Krindle s'est penchée ensuite sur la prépondérance des inconvénients et, sur cette question, je renvoie aux extraits précités tirés de ses motifs de jugement. J'estime qu'elle a appliqué les principes appropriés. Plus particulièrement, à la p. 154, elle a tenu compte de l'intérêt public et de l'effet inhibitif qu'une suspension d'instance aurait non seulement sur l'employeur et le Syndicat, mais aussi sur la Commission:

[TRADUCTION] Il me semble qu'accorder une suspension en l'espèce constituerait une invitation à en faire autant dans la plupart des autres cas de demandes de première convention ou de demandes visant à obtenir l'inclusion obligatoire de certains articles dans des conventions négociées. En réalité, pendant une durée de deux ou trois ans avant que ces articles ne puissent être jugés invalides, leur application serait suspendue, et ce, dans des circonstances où il est pratiquement impossible de maintenir le statu quo.

In my opinion, in both the circumstances of this particular case and more generally, the balance of convenience favours proceeding as though the sections were valid unless and until the contrary is found.

While this is an exemption case, not a suspension case, and each case, including *a fortiori* an exemption case, turns on its own particular facts, yet, the inconvenience suffered by the parties is likely to be quite similar in most cases involving the imposition of a first collective agreement. Accordingly, the motion judge was not only entitled to but required to weigh the precedential value and exemplary effect of granting a stay of proceedings before the Board. I have not been persuaded that she committed reversible error in concluding that "the granting of a stay in this case would invite the granting of stays in most other cases of applications for first agreements".

I now turn to the reasons of the Court of Appeal. I repeat that the Court of Appeal did not find any error of facts or law in the judgment of Krindle J. nor any abuse of her discretion. The main consideration which appears to have been present in the mind of the Court of Appeal is the issue of delay in disposing of the merits.

Thus, the Court of Appeal observed that it was open to the Board to direct a reference to the Court of Appeal "in order to expedite matters and obtain a decision on the validity of the legislation" and it noted that the Board declined to do so. I would not go so far as to say that this was not a relevant consideration but it was anything but determinative.

According to the reasons of the Court of Appeal, at p. 182, the Canadian Labour Congress, which had obtained leave to intervene on the merits,

... wished to present a considerable amount of evidence relative to the question which might arise as to whether the impugned legislation is a reasonable limit "pre-

À mon avis, dans la situation qui se présente en l'espèce et d'une manière plus générale, selon la prépondérance des inconvénients, il convient de faire comme si les articles étaient valides tant qu'on n'aura pas déterminé que ce n'est pas le cas.

a Certes, nous sommes ici en présence d'un cas d'exemption, non d'un cas de suspension, et chaque cas, y compris *a fortiori* un cas d'exemption, doit être tranché en fonction de ses faits particuliers; toutefois, les inconvénients subis par les parties seront probablement très semblables dans la plupart des situations où une première convention collective leur est imposée. Cela étant, le juge de première instance avait non seulement le droit mais aussi l'obligation de prendre en considération la valeur de précédents et l'effet exemplaire qu'aurait une décision de suspendre les procédures devant la Commission. Je ne suis pas convaincu qu'elle a commis une erreur donnant lieu à cassation lorsqu'elle a conclu que [TRADUCTION] «accorder une suspension en l'espèce constituerait une invitation à en faire autant dans la plupart des autres cas de demandes de première convention».

e J'en viens maintenant aux motifs de la Cour d'appel. Je répète que celle-ci n'a dégagé du jugement du juge Krindle aucune erreur de fait ou de droit ni aucun abus de son pouvoir discrétionnaire. La considération principale qui paraît avoir été présente à l'esprit de la Cour d'appel était la question du délai jusqu'à ce qu'une décision sur le fond soit rendue.

g Dans cette optique, la Cour d'appel a fait remarquer qu'il était loisible à la Commission de lui renvoyer l'affaire [TRADUCTION] «pour accélérer les choses et pour obtenir une décision sur la validité de la loi», ce que, a-t-elle fait remarquer, la Commission s'est abstenue de faire. Je n'irai pas jusqu'à prétendre que cela ne constituait pas une considération pertinente, mais c'était loin d'être déterminant.

i D'après les motifs de la Cour d'appel, à la p. 182, le Congrès du travail du Canada, qui avait obtenu l'autorisation d'intervenir sur le fond,

j [TRADUCTION] ... désirait produire une quantité considérable de preuves portant sur la question potentielle de savoir si la loi attaquée constituait une restriction rai-

scribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society" in accordance with s. 1 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

The appellate level is not the conventional forum for the adducing of evidence and the case may not have appeared to the Board to be a clearly appropriate one for a direct reference to the Court of Appeal. In any event, what matters is not so much the attitude or conduct of the Board in declining to request a reference to the Court of Appeal as the impact of a stay upon the litigants who came within the purview of the Board's authority and upon the public in general. To repeat what was said by Browne L.J. in *Smith v. Inner London Education Authority*, *supra*, at p. 422:

... where the defendant is a public authority performing duties to the public one must look at the balance of convenience more widely, and take into account the interests of the public in general to whom these duties are owed.

The other new factors which were not before the motion judge and on the basis of which the Court of Appeal purported to exercise fresh discretion are also all related to the issue of delay. I find it convenient here to repeat part of the above-quoted reasons of the Court of Appeal (pp. 182-83):

By its originating notice of motion, the employer raises a serious challenge to the constitutional validity of various sections of the *Labour Relations Act*. As previously noted, other provisions in the *Act* are under attack in other litigation. When Krindle, J., denied the initial request for a stay order, she was not made aware of either the proposed new intervention in this case by the Canadian Labour Congress, nor the other challenges to the *Act*, based upon the *Charter* in other litigation.

There is also a new factor, in that the merits of the attack on the legislation could have been expedited in the Court of Queen's Bench, and a hearing to determine the validity of the impugned sections could have taken place in late September, but for the intervention of the Canadian Labour Congress.

In short, this is no longer a matter where this court is reviewing a discretionary order made by the learned

sonnable qui est prescrite par une «règle de droit» et «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique» au sens de l'article premier de la *Charte des droits et libertés*.

^a Une cour d'appel n'est pas le forum habituel pour produire des éléments de preuve et il a pu sembler à la Commission que ce n'était pas un cas où il convenait clairement de renvoyer directement devant la Cour d'appel. Quoi qu'il en soit, ce qui importe n'est pas tant l'attitude ou la conduite de la Commission manifestée par son refus de demander un renvoi devant la Cour d'appel que l'effet d'une suspension d'instance sur les parties, lesquelles relevaient du pouvoir de la Commission, et sur le public en général. Répétons ici les observations de lord juge Brown à la p. 422 de l'affaire *Smith v. Inner London Education Authority*, précitée:

^b [TRADUCTION] ... lorsque le défendeur est un organisme public ayant pour tâche de servir le public, on doit examiner la prépondérance des inconvénients sous un angle plus large et tenir compte des intérêts du grand public auquel ces services sont destinés.

^c Les autres éléments nouveaux dont le juge de première instance ne disposait pas et sur lesquels la Cour d'appel s'est fondée pour exercer un nouveau pouvoir discrétionnaire sont également tous reliés à la question des délais. Par souci de commodité, je reprends ici une partie des motifs précités de la Cour d'appel (aux pp. 182 et 183):

^d [TRADUCTION] Par son avis de requête introductif d'instance, l'employeur soulève une question sérieuse relativement à la constitutionnalité de plusieurs articles de *The Labour Relations Act*. Comme je l'ai déjà fait remarquer, d'autres dispositions de la Loi sont attaquées dans d'autres litiges. Quand le juge Krindle a rejeté la demande initiale d'ordonnance de suspension, elle ignorait l'intervention envisagée en l'espèce par le Congrès du travail du Canada de même que l'existence d'autres litiges dans lesquels la Loi faisait l'objet de contestations fondées sur la *Charte*.

^e Il y a en outre un nouvel élément en ce sens que la Cour du Banc de la Reine aurait pu rendre plus rapidement une décision au fond relativement à la contestation portant sur la loi, et une audience visant à déterminer la validité des articles attaqués aurait pu avoir lieu à la fin de septembre, n'eût été l'intervention du Congrès du travail du Canada.

^f En bref, il ne s'agit plus d'une affaire où cette cour se trouve à réviser une ordonnance rendue par le savant

motions judge. Additional considerations affecting the exercise of discretion have now been raised, allowing this court to exercise a fresh discretion.

In our view it would be unwise to permit the Manitoba Labour Board to impose a new first contract and then some few months later to find the legislation set aside as unconstitutional as being contrary to the *Charter*.

A stay is therefore granted, with costs in the cause. We urge that the parties proceed with a hearing on the merits of the employer's motion with dispatch.

With the greatest of respect, these reasons contain in my view at least two fatal errors of law.

In the first place, the Court of Appeal was not justified in substituting its discretion for that of the motion judge on the basis of new facts which were not before the latter.

The emergence of new facts after the judgment of first instance must be of such a nature as to substantially affect the decision of the motion judge in order to justify a court of appeal to exercise a fresh discretion. In the case at bar, the Court of Appeal failed to indicate in what respect the new facts affected the judgment of Krindle J. It did not even refer to her reasons. Each of those new facts related to the issue of delay in hearing and deciding the merits, a factor which, as can be seen in her above-quoted reasons, had been considered and taken into account by Krindle J.

The House of Lords has recently emphasized the limits imposed upon a Court of Appeal in substituting its discretion to that of a motion judge with respect to the granting of an interlocutory injunction, even in a case where the Court of Appeal has the benefit of additional evidence: *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042. In this latter case, which presents striking similarities with the case at bar, the Court of Appeal had held it was justified in exercising fresh discretion in view of additional evidence

du juge des requêtes dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. D'autres considérations touchant l'exercice du pouvoir discrétionnaire ont maintenant été soulevées, si bien que la Cour est autorisée à exercer un nouveau pouvoir discrétionnaire.

^a Selon nous, il ne serait pas sage de permettre que la Commission impose une première convention collective alors que la loi en cause pourrait quelques mois plus tard être déclarée contraire à la *Charte* et, partant, ^b inconstitutionnelle.

La suspension est donc accordée et les dépens suivront l'issue de la cause. Nous engageons les parties à procéder promptement à une audience sur le fond de la requête de l'employeur.

^c Avec les plus grands égards, ces motifs renferment à mon avis au moins deux erreurs de droit fatales.

^d En premier lieu, rien ne justifiait la Cour d'appel, sur la foi de faits nouveaux dont ne disposait pas le juge de première instance, de substituer son jugement à celui du juge de première instance.

^e Pour qu'ils justifient qu'une cour d'appel exerce un nouveau pouvoir discrétionnaire, les faits nouveaux qui émergent après le prononcé du jugement de première instance doivent être de telle nature qu'ils aient un effet appréciable sur la décision du juge de première instance. En l'espèce, la Cour d'appel a omis d'indiquer en quoi les faits nouveaux changeaient la décision du juge Krindle. Elle ne s'est même pas référée aux motifs de celle-ci. Chacun de ces faits nouveaux se rapportait à la question des délais jusqu'à la tenue de l'audition et à la décision au fond, élément que, comme on peut le constater dans les passages précités tirés de ses motifs, le juge Krindle avait examiné et pris en considération.

^h La Chambre des lords a souligné dernièrement les limites auxquelles se trouve assujéti un tribunal d'appel qui substitue sa discrétion à celle du juge de première instance en matière d'injonction interlocutoire, et ce, même dans un cas où le tribunal d'appel bénéficie d'éléments de preuve supplémentaires: *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042. Dans cette affaire, qui présente des ressemblances frappantes avec la présente instance, la Cour d'appel avait conclu que, compte tenu d'éléments de preuve

adduced before it, and had set aside the decision of the motion judge without commenting upon it. The House of Lords restored the judgment of first instance in a unanimous judgment delivered by Lord Diplock:

Before adverting to the evidence that was before the judge and the additional evidence that was before the Court of Appeal, it is I think appropriate to remind your Lordships of the limited function of an appellate court in an appeal of this kind. An interlocutory injunction is a discretionary relief and the discretion whether or not to grant it is vested in the High Court judge by whom the application for it is heard. On an appeal from the judge's grant or refusal of an interlocutory injunction the function of an appellate court, whether it be the Court of Appeal or your Lordships' House, is not to exercise an independent discretion of its own. It must defer to the judge's exercise of his discretion and must not interfere with it merely on the ground that the members of the appellate court would have exercised the discretion differently. The function of the appellate court is initially one of review only. It may set aside the judge's exercise of his discretion on the ground that it was based on a misunderstanding of the law or of the evidence before him or on an inference that particular facts existed or did not exist, which, although it was one that might legitimately have been drawn on the evidence that was before the judge, can be demonstrated to be wrong by further evidence that has become available by the time of the appeal, or on the ground that there has been a change of circumstances after the judge made his order that would have justified his acceding to an application to vary it. Since reasons given by judges for granting or refusing interlocutory injunctions may sometimes be sketchy, there may also be occasional cases where even though no erroneous assumption of law or fact can be identified the judge's decision to grant or refuse the injunction is so aberrant that it must be set aside on the ground that no reasonable judge regardful of his duty to act judicially could have reached it. It is only if and after the appellate court has reached the conclusion that the judge's exercise of his discretion must be set aside for one or other of these reasons that it becomes entitled to exercise an original discretion of its own.

supplémentaires produits devant elle, elle avait le droit d'exercer un nouveau pouvoir discrétionnaire, ce qu'elle a fait en infirmant la décision du juge de première instance sans même la commenter. La
 a Chambre des lords, dans un arrêt unanime rendu par lord Diplock, a rétabli le jugement de première instance:

[TRADUCTION] Avant d'en venir à la preuve produite
 b devant le juge et aux éléments de preuve supplémentaires dont disposait la Cour d'appel, je crois qu'il convient de rappeler à vos Seigneuries le rôle limité d'un tribunal d'appel dans un appel de ce genre. Une injonction interlocutoire est un redressement discrétionnaire et
 c c'est le juge de la Haute Cour saisi de la demande visant à obtenir ce redressement qui détient le pouvoir discrétionnaire de l'accorder ou de ne pas l'accorder. Lorsque la décision du juge d'accorder ou de refuser une injonction interlocutoire est portée en appel, la tâche du
 d tribunal d'appel, que ce soit la Cour d'appel ou cette Chambre, ne consiste pas à exercer un pouvoir discrétionnaire indépendant qui lui est propre. Ce tribunal doit déférer à la décision prise par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et ne doit pas modifier cette
 e décision simplement parce que ses membres auraient exercé le pouvoir discrétionnaire différemment. Au départ, le tribunal d'appel n'a qu'une fonction de révision. Il peut annuler la décision rendue par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, soit pour le motif que cette décision repose sur une erreur de droit
 f ou sur une interprétation erronée de la preuve produite devant lui ou sur une conclusion à l'existence ou à l'inexistence de certains faits, conclusion dont, bien qu'elle puisse avoir été justifiée par la preuve produite devant le juge, le caractère erroné peut être démontré
 g par des éléments de preuve supplémentaires dont on dispose au moment de l'appel, soit pour le motif qu'après que le juge a rendu son ordonnance les circonstances ont changé d'une manière qui aurait justifié qu'il accède à
 h une demande en modification de cette ordonnance. Puisque les raisons données par les juges pour accorder ou refuser des injonctions interlocutoires se révèlent parfois sommaires, il peut à l'occasion y avoir des cas où, bien qu'on ne puisse découvrir aucune conclusion erronée de droit ou de fait, la décision du juge d'accorder ou de
 i refuser l'injonction est à ce point aberrante qu'elle doit être infirmée pour le motif qu'aucun juge raisonnable conscient de son obligation d'agir judiciairement aurait pu la rendre. Ce n'est que si le tribunal d'appel a conclu que la décision rendue par le juge dans l'exercice de son
 j pouvoir discrétionnaire doit être écartée pour l'une ou l'autre raison susmentionnée qu'il est autorisé à exercer son propre pouvoir discrétionnaire.

In the instant case no deference was paid, no reference was even made, to the reasons given by Dillon J. for exercising his discretion in the way that he had done. The explanation given by Lord Denning MR why the Court of Appeal was entitled to ignore that judge's reasons for his decision was that in the interval between the hearing of the motion and the hearing of the appeal both sides had adduced further evidence 'so virtually we have to consider it all afresh'.

My Lords, with great respect, I cannot agree that the production of additional evidence before the Court of Appeal, all of which related to events that had taken place earlier than the hearing before Dillon J, is of itself sufficient to entitle the Court of Appeal to ignore the judge's exercise of his discretion and to exercise an original discretion of its own. The right approach by an appellate court is to examine the fresh evidence in order to see to what extent, if any, the facts disclosed by it invalidate the reasons given by the judge for his decision. Only if they do is the appellate court entitled to treat the fresh evidence as constituting in itself a ground for exercising an original discretion of its own to grant or withhold the interlocutory relief. In my view, if this approach had been adopted by the Court of Appeal in the instant case the additional evidence, so far from invalidating, would have been seen to provide additional support for Dillon J's reasons for refusing the interlocutory injunctions. [p. 1046.]

(See, also to the same effect, *Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board*, [1983] 2 All E.R. 770 (H.L.))

I have no hesitation in holding that the Manitoba Court of Appeal erred in thus substituting its discretion to that of the motion judge and, on this sole ground, I would allow the appeal.

But there is more.

The Court of Appeal did not exercise its fresh discretion in accordance with the above-stated principles. It did not itself proceed to consider the balance of convenience nor did it consider the public interest as well as the interest of the parties. It only urged the parties to be expeditious. But urging or even ordering the parties to be expeditious does not dispense from weighing the public interest in the balance of convenience. It simply

En l'espèce, on n'a pas déferé aux motifs donnés par le juge Dillon pour justifier la manière dont il a exercé son pouvoir discrétionnaire; on n'en a même pas fait mention. Le maître des rôles lord Denning a affirmé que la Cour d'appel était autorisée à ne pas tenir compte des motifs de la décision de ce juge parce que, dans l'intervalle entre l'audition de la requête et l'appel, les deux parties avaient présenté d'autres éléments de preuve, «alors nous sommes pratiquement obligés d'examiner toute la preuve à nouveau».

Vos Seigneuries, j'estime avec grande déférence que la production devant la Cour d'appel d'éléments de preuve supplémentaires, chacun desquels se rapportait à des événements qui avaient eu lieu antérieurement à l'audition devant le juge Dillon, ne suffit pas en soi pour autoriser la Cour d'appel à faire abstraction de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge et à exercer son propre pouvoir discrétionnaire. La façon dont un tribunal d'appel doit procéder consiste à examiner les éléments de preuve nouveaux afin de déterminer dans quelle mesure, le cas échéant, les faits qui s'en dégagent réfutent les raisons données par le juge pour sa décision. Seulement dans ce cas est-il loisible au tribunal d'appel de considérer les éléments de preuve nouveaux comme constituant en eux-mêmes un motif d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire et d'accorder ou de refuser le redressement interlocutoire. À mon avis, si la Cour d'appel avait suivi cette démarche en l'espèce, les éléments de preuve supplémentaires, bien loin de réfuter les raisons données par le juge Dillon pour refuser les injonctions interlocutoires, les auraient renforcées. [p. 1046.]

(Voir également l'arrêt *Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board*, [1983] 2 All E.R. 770 (H.L.) qui va dans le même sens.)

Je conclus sans hésitation que la Cour d'appel du Manitoba a commis une erreur en substituant ainsi sa discrétion à celle du juge de première instance, et, pour ce seul motif, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Mais ce n'est pas tout.

Lorsque la Cour d'appel a exercé un nouveau pouvoir discrétionnaire, elle ne l'a pas fait d'une manière conforme aux principes énoncés précédemment. Elle n'a pas considéré la prépondérance des inconvénients, non plus que l'intérêt public et l'intérêt des parties. Elle a simplement engagé ces dernières à agir avec célérité. Mais exhorter les parties à être diligentes ou même leur ordonner de l'être ne dispense pas de l'obligation de tenir

attenuates the unfavourable consequences of a stay for the public where those consequences are limited.

The judgment of the Court of Appeal could be construed as meaning that an interlocutory stay of proceedings may be granted as a matter of course whenever a serious argument is invoked against the validity of legislation or, at least, whenever a *prima facie* case of violation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* will normally trigger a recourse to the saving effect of s. 1 of the *Charter*. If this is what the Court of Appeal meant, it was clearly in error: its judgment is in conflict with *Gould, supra*, and is inconsistent with the principles set out herein.

VI Conclusions

I would allow the appeal and set aside the stay of proceedings ordered by the Manitoba Court of Appeal.

There should be no order as to costs.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Tanner Elton, Winnipeg.

Solicitors for the respondent Metropolitan Stores (MTS) Limited: Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.

Solicitors for the respondent Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832: Simkin, Gallagher, Winnipeg.

Solicitor for the respondent The Manitoba Labour Board: David Gisser, Winnipeg.

compte de l'intérêt public dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients. Cela ne fait qu'atténuer les conséquences néfastes d'une suspension d'instance pour le public lorsque l'effet de ces conséquences est limité.

On pourrait interpréter l'arrêt de la Cour d'appel comme signifiant qu'une suspension interlocutoire d'instance peut être accordée automatiquement chaque fois qu'un argument sérieux est opposé à la validité d'une loi ou, à tout le moins, chaque fois qu'une apparence suffisante de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* entraînera normalement un recours à l'effet légitimant de l'article premier de la *Charte*. Si c'est là ce qu'a voulu dire la Cour d'appel, elle a eu manifestement tort: son arrêt s'oppose à l'arrêt *Gould*, précité, et est incompatible avec les principes énoncés dans les présents motifs.

VI Conclusions

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la suspension d'instance ordonnée par la Cour d'appel du Manitoba.

Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: Tanner Elton, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée Metropolitan Stores (MTS) Limited: Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé Manitoba Food and Commercial Workers, section locale 832: Simkin, Gallagher, Winnipeg.

Procureur de l'intimée The Manitoba Labour Board: David Gisser, Winnipeg.

Edouard Healey Appellant

v.

**Attorney General of the province of Quebec
Respondent**INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v.
HEALEY

File No.: 17862.

1986: October 28; 1987: March 5.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre,
Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Civil law — Ownership — Three-chain reserve — Nature of right conferred on Crown by three-chain reserve between 1884 and 1919 — Whether reserve in full ownership or servitude for fishing purposes? — Act to amend the Quebec fish and game laws, S.Q. 1919, c. 31, s. 1 — Quebec Fisheries' Act, R.S.Q. 1909, s. 2252 — Act respecting Fisheries and Fishing, S.Q. 1899, c. 23, ss. 1, 4.

Statutes — Retroactivity — No express reference — Intention of legislator to make statute retroactive — Statute declaratory and interpreting — Act to amend the Quebec fish and game laws, S.Q. 1919, c. 31, s. 1.

The purpose of this appeal is to determine whether, between June 1, 1884 and March 17, 1919, the three-chain reserve constituted a reserve in full ownership by the Crown or a servitude for fishing purposes. Before the *Act to amend the Quebec fish and game laws* of 1919, s. 2252 of the Revised Statutes, 1909, dealing with this reserve provided that "Sales and free grants of lands belonging to the Crown are and have been since the 1st of June, 1884, subject to a reserve, for fishing purposes, of three chains in depth of the lands bordering on non-navigable rivers and lakes in the Province". The 1919 Act amended this section by replacing the words "for fishing purposes" with the words "in full ownership by the Crown". In this petition for ejectment of appellant and possession of the land occupied by him, made in 1977 pursuant to s. 50 of the *Lands and Forests Act*, respondent alleged that the land belonged to the Crown because it was on the three-chain reserve. Appellant's ultimate predecessor in title had acquired this land by location ticket in 1904 and by letters patent in 1907.

Edouard Healey Appellant

c.

**Le procureur général de la province de
Québec Intimé**RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.
HEALEY

N° du greffe: 17862.

1986: 28 octobre; 1987: 5 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit civil — Propriété — Réserve des trois chaînes — Nature du droit conféré à l'État par la réserve des trois chaînes entre 1884 et 1919 — S'agit-il d'une réserve en pleine propriété ou d'une servitude pour fins de pêche? — Loi amendant la loi de la pêche de Québec et la loi de la chasse de Québec, S.Q. 1919, chap. 31, art. 1 — Loi de la pêche de Québec, S.R.Q. 1909, art. 2252 — Loi concernant la pêche et les pêcheries, S.Q. 1899, chap. 23, art. 1, 4.

Législation — Rétroactivité — Aucune mention expresse — Intention du législateur de rendre la loi rétroactive — Loi déclaratoire et interprétative — Loi amendant la loi de la pêche de Québec et la loi de la chasse de Québec, S.Q. 1919, chap. 31, art. 1.

Le présent pourvoi vise à déterminer si la réserve des trois chaînes constituée, entre le 1^{er} juin 1884 et le 17 mars 1919, une réserve en pleine propriété en faveur de la Couronne ou une servitude pour fins de pêche. Avant la *Loi amendant la loi de la pêche de Québec et la loi de la chasse de Québec* de 1919, l'art. 2252 des Statuts refondus de 1909 relatif à cette réserve énonçait que «Les ventes et octrois gratuits des terres de la couronne sont, et ont été depuis le 1^{er} juin 1884, sujets à une réserve, pour des fins de pêche, de trois chaînes en profondeur des terres bordant les rivières et les lacs non navigables de la province». La loi de 1919 a modifié cet article en remplaçant les mots «pour des fins de pêche» par les mots «en pleine propriété en faveur de la couronne». Dans sa requête en expulsion de l'appellant et en possession du terrain qu'il occupe intentée en 1977 en vertu de l'art. 50 de la *Loi des terres et forêts*, l'intimé a allégué que le terrain appartenait à la Couronne parce qu'il se trouvait sur la réserve des trois chaînes. Un auteur éloigné de l'appellant avait acquis ce terrain par

The Superior Court held that the reserve was only a fishing servitude and dismissed respondent's petition. The trial judge ruled that the 1919 Act was not retroactive and was an interpreting, not a declaratory Act. The Court of Appeal reversed the judgment. The Court concluded that: (1) the three-chain reserve "for fishing purposes" had preserved the Crown's right of ownership from the outset; and (2) the 1919 Act was both interpreting and declaratory legislation.

Held: The appeal should be dismissed.

The right conferred on the Crown was one of full ownership from the time the three-chain reserve was created on June 1, 1884. Though the 1919 Act contains no express provision making it retroactive or giving retroactive effect to the amendment made to s. 2252 of the Revised Statutes, 1909, the legislator's intent to make it retroactive can be deduced from the purpose of the legislation, the circumstances in which it was adopted and the procedure employed by the legislator. It can also be inferred from the only possible interpretation which is likely to make sense of it. When the 1919 Act was adopted, the debate on the nature of the right deriving from the three-chain reserve "for fishing purposes" was in progress. Two judgments of the Superior Court had rejected the government's claim that it had reserved the right of ownership, and held that the three-chain reserve was merely a fishing servitude. The legislator thus acted to confirm the government's right of ownership and to resolve the debate. He did this by amending the Act which created the reserve and which took effect as of June 1, 1884. The legislator did not alter the date. He simply substituted the words "in full ownership by the Crown" for the words "for fishing purposes", without any other change. This suffices to indicate that it was the legislator's intent to clearly indicate the nature of this right *ab initio*. Otherwise, s. 2252 as amended would have created two positions: a fishing servitude between June 1, 1884 and March 17, 1919 and full ownership after the latter date. There is nothing in the 1919 Act to demonstrate such an intent and this would be making a distinction which the Act does not make.

Cases Cited

Referred to: *MacLaren v. Attorney-General for Quebec*, [1914] A.C. 258, rev'g (1912), 46 S.C.R. 656, aff'g (1911), 21 Q.B. 42; *Patenaude v. W. C. Edwards & Co.* (1915), 21 R.L. n.s. 523; *Pardo v. Bingham* (1869), L.R. 4 Ch. App. 735; *Acme Village School*

billet de location en 1904 et par lettres patentes en 1907. La Cour supérieure a décidé que la réserve ne constituait qu'une servitude pour fins de pêche et a rejeté la requête de l'intimé. Le premier juge a statué que la loi de 1919 n'était pas rétroactive et qu'il s'agissait d'une loi interprétative et non déclaratoire. La Cour d'appel a infirmé le jugement. La Cour a conclu (1) que la réserve des trois chaînes «pour des fins de pêche» avait depuis l'origine conféré à la Couronne un droit de propriété et (2) que la loi de 1919 était une loi à la fois interprétative et déclaratoire.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le droit conféré à la Couronne par la réserve des trois chaînes est la pleine propriété et cela depuis l'imposition de la réserve le 1^{er} juin 1884. Bien que la loi de 1919 ne contienne aucune disposition expresse qui la rende rétroactive ou qui donne un effet rétroactif à la modification apportée à l'art. 2252 des Statuts refondus de 1909, l'intention du législateur de la rendre rétroactive se dégage toutefois de l'objet poursuivi, des circonstances dans lesquelles la législation a été adoptée et de la façon dont le législateur a procédé. Elle s'infère également de la seule interprétation possible qui soit susceptible de lui donner un sens. Lorsque la loi de 1919 a été adoptée, on débattait de la nature du droit découlant de la réserve des trois chaînes «pour des fins de pêche». Deux jugements de la Cour supérieure avaient écarté la prétention du gouvernement selon laquelle il avait conservé son droit de propriété et décidaient que la réserve des trois chaînes n'était qu'une servitude de pêche. Le législateur est donc intervenu pour affirmer le droit de propriété de la Couronne et pour trancher le débat. Il y a procédé en modifiant la loi qui établit cette réserve et qui s'applique depuis le 1^{er} juin 1884. Le législateur ne modifie pas la date. Il y substitue simplement les mots «en pleine propriété en faveur de la couronne» aux mots «pour des fins de pêche», sans aucune autre modification. Ces indices suffisent à démontrer l'intention du législateur de déclarer sans équivoque la nature de ce droit *ab initio*. Autrement, il résulterait de l'art. 2252, tel que modifié, deux régimes: servitude de pêche entre le 1^{er} juin 1884 et le 17 mars 1919 et pleine propriété depuis cette dernière date. Rien dans la loi de 1919 ne paraît manifester une telle intention et ce serait faire une distinction que la loi ne fait pas.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *MacLaren v. Attorney-General for Quebec*, [1914] A.C. 258, inf. (1912), 46 R.C.S. 656, conf. (1911), 21 B.R. 42; *Patenaude v. W. C. Edwards & Co.* (1915), 21 R.L. n.s. 523; *Pardo v. Bingham* (1869), L.R. 4 Ch. App. 735; *Acme Village*

District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith, [1933] S.C.R. 47; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Fisheries and Fishing, S.Q. 1899, c. 23, ss. 1, 4.
Act to amend and consolidate the laws relating to fisheries, S.Q. 1888, c. XVII, ss. 1 [s. 1375 of R.S.Q. 1888; repl. 1899, c. 23, s. 1], 3.
Act to amend the Quebec fish and game laws, S.Q. 1919, c. 31, s. 1.
Civil Code, art. 406.
Fisheries Act, R.S.Q. 1964, c. 203, s. 7.
Lands and Forests Act, R.S.Q. 1964, c. 92, ss. 41a. [ad. 1969, c. 58, s. 83; now R.S.Q., c. T-9, s. 39], 50 [now R.S.Q., c. T-9, s. 48].
Lands and Forests Act, R.S.Q., c. T-9, ss. 39, 48.
Quebec Fisheries' Act, R.S.Q. 1909, s. 2252 [am. 1919, c. 31, s. 1].
Quebec Fisheries Act, R.S.Q. 1925, c. 83, s. 7.
Quebec Fisheries Act, R.S.Q. 1941, c. 154, s. 7.
Wild-life Conservation Act, S.Q. 1969, c. 58, s. 83.

Authors Cited

Craies on Statute Law, 7th ed. by S. G. G. Edgar. London: Sweet & Maxwell, 1971.
 Lacasse, Jean-Paul. "Réserve des trois chaînes et gestion du domaine public foncier au Québec" (1977), 8 *R.G.D.* 101.
Maxwell on the Interpretation of Statutes, 12th ed. by P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.
 Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*. Québec: Imprimeur de la Reine, 1965.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1983] C.A. 573, reversing a judgment of the Superior Court, [1979] C.S. 286, dismissing respondent's petition for an order for the ejectment of appellant. Appeal dismissed.

Dominique Langis and *Claude-Henri Gendreau*, for the appellant.

Monique Hamel and *Pierre Cimon*, for the respondent.

English version of the judgment delivered by

THE COURT—We adopt the reasons for judgment written and circulated by our late and much

School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith, [1933] R.C.S. 47; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413.

Lois et règlements cités

Acte pour amender et refondre les lois de la pêche, S.Q. 1888, chap. XVII, art. 1 [art. 1375 des S.R.Q. 1888; rempl. 1899, chap. 23, art. 1], 3.
Code civil, art. 406.
Loi amendant la loi de la pêche de Québec et la loi de la chasse de Québec, S.Q. 1919, chap. 31, art. 1.
Loi concernant la pêche et les pêcheries, S.Q. 1899, chap. 23, art. 1, 4.
Loi de la conservation de la faune, L.Q. 1969, chap. 58, art. 83.
Loi de la pêche, S.R.Q. 1925, chap. 83, art. 7.
Loi de la pêche, S.R.Q. 1941, chap. 154, art. 7.
Loi de la pêche, S.R.Q. 1964, chap. 203, art. 7.
Loi de la pêche de Québec, S.R.Q. 1909, art. 2252 [mod. 1919, chap. 31, art. 1].
Loi des terres et forêts, S.R.Q. 1964, chap. 92, art. 41a. [aj. 1969, chap. 58, art. 83; maintenant L.R.Q., chap. T-9, art. 39], 50 [maintenant L.R.Q., chap. T-9, art. 48].
Loi sur les terres et forêts, L.R.Q., chap. T-9, art. 39, 48.

Doctrine citée

Craies on Statute Law, 7th ed. by S. G. G. Edgar. London: Sweet & Maxwell, 1971.
 Lacasse, Jean-Paul. «Réserve des trois chaînes et gestion du domaine public foncier au Québec» (1977), 8 *R.G.D.* 101.
Maxwell on the Interpretation of Statutes, 12th ed. by P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.
 Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*. Québec: Imprimeur de la Reine, 1965.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1983] C.A. 573, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1979] C.S. 286, qui avait rejeté la requête de l'intimé pour obtenir une ordonnance d'expulsion de l'appelant. Pourvoi rejeté.

Dominique Langis et *Claude-Henri Gendreau*, pour l'appellant.

Monique Hamel et *Pierre Cimon*, pour l'intimé.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR—Nous faisons nôtres les motifs de jugement rédigés et distribués par le regretté et

respected Justice Chouinard during the Fall Term. The reasons follow.

This is a petition for the ejectment of appellant and possession of the land occupied by him. This land is located on the shoreline of lake number three (3) of the seven (7) lakes on lot seventeen (17), range three (3) of Fleuriault Township, county of Matapédia. This petition is made pursuant to s. 50 of the *Lands and Forests Act*, R.S.Q. 1964, c. 92 (now R.S.Q., c. T-9, s. 48), which prescribes:

50. If any purchaser, lessee or other person refuse or neglect to deliver up possession of the land after revocation or cancellation of the sale, grant, location, lease or occupation license thereof, or if any person be wrongfully in possession of public lands and refuses to leave or deliver up possession thereof, the Attorney-General may, by a petition duly served upon the occupant of the land with at least six full days' notice of the date of its presentation, apply to a judge of the Superior Court, having jurisdiction in the district in which the land lies, for an order in the nature of a writ of possession.

Such petition shall be heard summarily, in term or out of term, on the date fixed by the notice or on any other subsequent date, as close thereto as possible, to which the judge may adjourn the hearing.

The judge, upon proof to his satisfaction that the right or title of the person to hold such land has been revoked or cancelled as aforesaid, or that such person is wrongfully in possession of public land, shall grant an order upon the purchaser, lessee or person in possession to leave such land and deliver up possession of same to the Minister or person authorized by him to receive the same.

Such order shall have the same force as a writ of possession, and the sheriff, or any bailiff or person to whom the same may be entrusted by the Minister for execution, shall execute the same in like manner as he would execute such writ in an action of ejectment or in a possessory action.

Thirty days after the expiration of the delay for execution, all the constructions and improvements made on the land described in the order, as well as all moveable property therein, shall become the property of the Crown without compensation.

The proceedings contemplated in this section shall be deemed summary matters and the costs shall be those of a first class action in the District Magistrate's Court.

hautement estimé juge Chouinard durant la session d'automne. En voici le texte.

Il s'agit d'une requête en expulsion de l'appellant et en possession du terrain qu'il occupe. Ce terrain est situé en bordure du lac numéro trois (3) des sept (7) lacs sur le lot dix-sept (17), rang trois (3) du Canton Fleuriault, comté de Matapédia. Cette requête est intentée en vertu de l'art. 50 de la *Loi des terres et forêts*, S.R.Q. 1964, chap. 92 (maintenant l'art. 48 des L.R.Q., chap. T-9), qui prescrit:

50. Si l'acquéreur, le locataire, ou autre personne, refuse ou néglige de remettre la possession de la terre, après que la vente, la concession, la location, le bail ou le permis d'occupation a été révoqué ou résilié, ou si quelque personne est injustement en possession de terres publiques et refuse de déguerpir ou d'en abandonner la possession, le procureur général peut par requête dûment signifiée à l'occupant de la terre avec un avis d'au moins six jours francs de la date de sa présentation, demander à un juge de la Cour supérieure, ayant juridiction dans le district où la terre se trouve située, un ordre dans la forme d'un bref de possession.

Cette requête doit être entendue sommairement, en vacance ou hors de vacance, à la date fixée par l'avis ou à toute autre date subséquente, aussi rapprochée que possible, à laquelle le juge peut l'ajourner.

Le juge, sur preuve satisfaisante que le titre ou le droit de la partie à posséder telle terre, a été révoqué ou résilié, ou que telle personne est injustement en possession de quelque terre publique, doit accorder un ordre enjoignant à l'acquéreur, au locataire ou à la personne en possession, de délaisser ladite terre et d'en livrer la possession au ministre ou à la personne par lui autorisée à la recevoir.

Cet ordre a le même effet qu'un bref de possession, et le shérif, ou tout huissier ou personne à laquelle il est remis par le ministre pour être exécuté, doit le faire de la même manière qu'il exécuterait tel bref sur action en éviction ou sur action possessoire.

Trente jours après l'expiration du délai d'exécution, toutes les constructions et améliorations faites sur le terrain décrit dans l'ordre, de même que tous les biens meubles qui s'y trouvent, deviennent la propriété de la couronne sans indemnité.

Les procédures prévues au présent article sont réputées matières sommaires et les dépens sont ceux d'une instance de première classe en Cour de magistrat de district.

Respondent alleged that the land occupied by appellant belongs to the Crown because it is on the three-chain reserve.

In an article titled "Réserve des trois chaînes et gestion du domaine public foncier au Québec" (1977), 8 *R.G.D.* 101, Jean-Paul Lacasse defines the three-chain reserve as follows (at p. 102):

[TRANSLATION] When we speak of a "reserve", it refers to rights which the Crown or the government retains for itself when there is a concession or grant of a piece of land. The "chains" are surveyor's chains, that is, units of measurement. A chain is sixty-six feet. The expression "three-chain reserve", therefore, always used in connection with the sale or grant of a piece of land along a waterway, refers to a strip of land 198 feet deep (some 61 meters) which the Crown reserves at the time the land along the lot in question is conceded or granted.

The land which is at issue was bought by appellant in 1976. His ultimate predecessor in title, Alexis Parent, acquired it by location ticket in 1904 and by letters patent in 1907.

The case at bar raises, as the Superior Court judge put it, [TRANSLATION] "the entire problem of the three-chain reserve which for the last hundred years academic writers, and to a lesser extent the courts, have been and are still debating".

Bisson J.A. of the Court of Appeal wrote:

[TRANSLATION] At the heart of this appeal is the following question: what is the nature of the rights conferred on the Crown in right of Quebec by the three-chain reserve, during the thirty-five years between June 1, 1884 and March 17, 1919?

The three-chain reserve appeared in Quebec legislation for the first time in 1888, in the *Act to amend and consolidate the laws relating to fisheries*, S.Q. 1888, c. XVII (hereinafter the *1888 Act*), s. 1 of which, under the heading "Fishing Leases" provided in subs. 1:

1. A reserve of at least three chains in depth of the lands bordering on the rivers and lakes in the Province shall be made at the time of the sale or gratuitous grant of the lands belonging to the Crown, for fishing purposes.

L'intimé allègue que le terrain occupé par l'appelant appartient à la Couronne parce qu'il se trouve situé sur la réserve des trois chaînes.

^a Jean-Paul Lacasse, dans un article intitulé «Réserve des trois chaînes et gestion du domaine public foncier au Québec» (1977), 8 *R.G.D.* 101, définit la réserve des trois chaînes en ces termes (à la p. 102):

^b Lorsque l'on parle de «réserve», il s'agit ici de droits que la Couronne ou le gouvernement garde pour lui au moment de la concession ou de l'octroi d'un terrain. Les «chaînes» sont des chaînes d'arpenteurs, c'est-à-dire des unités de mesure. Une chaîne fait soixante-six pieds.

^c Toujours appliquée à l'occasion de la vente ou de l'octroi d'un terrain bordant un cours d'eau, l'expression «réserve des trois chaînes» se réfère donc à une bande de terrain de cent quatre-vingt-dix-huit pieds de profondeur (quelque 61 mètres) que la Couronne conserve au moment de la concession ou de l'octroi d'un terrain bordant le lot en question.

^e Le terrain qui fait l'objet du litige a été acheté par l'appelant en 1976. Son auteur éloigné, Alexis Parent, l'avait acquis par billet de location en 1904 et par lettres patentes en 1907.

^f En l'espèce se trouve posé, suivant l'expression du juge de la Cour supérieure: «tout le problème de la réserve des trois chaînes qui a alimenté et alimente encore la doctrine et, à un degré moindre, la jurisprudence depuis presque un siècle.»

Le juge Bisson de la Cour d'appel écrit:

^g Au cœur de ce pourvoi est la question suivante: quelle est la nature des droits qu'a conférés à la Couronne aux droits du Québec la réserve des trois chaînes, au cours de la période de trente-cinq ans allant du 1^{er} juin 1884 au 17 mars 1919?

^h La réserve des trois chaînes apparaît pour la première fois dans la législation québécoise en 1888, dans l'*Acte pour amender et refondre les lois de la pêche*, S.Q. 1888, chap. XVII (ci-après la *Loi de 1888*), dont l'art. 1, sous la rubrique «Des baux de pêche» stipule au par. 1:

ⁱ 1. Une réserve d'au moins trois chaînes en profondeur des terres bordant les rivières et les lacs de la province, doit être faite lors de la vente ou de l'octroi gratuit des terres appartenant à la couronne, pour des fins de pêche.

Section 1(2) of this Act authorized the government to lease the three-chain reserve:

2. These lands, as well as those already reserved for that purpose, may be leased, for a period not exceeding ten consecutive years, to the highest bidder when relating to salmon river . . .

The first paragraph of s. 3 set out the lessee's rights:

3. The lease confers upon the lessee, for the time therein determined, the right to take and retain exclusive possession of the lands therein described, subject to the regulations and restrictions which may be established, and gives him the right to fish in the waters adjacent to such lands . . .

Finally, the last paragraph of s. 3 conferred right of passage over the three-chain reserve on the person whose grant was affected thereby:

The general right of passage to and from the water shall also be reserved in leases, in favor of the occupants, if any, under title from the Crown, of lands immediately in rear of those leased.

In the revision also undertaken in 1888, subs. 1 of s. 1, *supra*, became s. 1375 of the Revised Statutes.

In 1899 the *Act respecting Fisheries and Fishing*, S.Q. 1899, c. 23 (hereinafter the *1899 Act*), was adopted. Section 1 replaced the section dealing with the three-chain reserve in the Revised Statutes of 1888 with a new section. Section 1375 of the Revised Statutes, which corresponded to subs. 1 of s. 1, *supra*, of the *1888 Act*, became s. 1379 of the Revised Statutes. Its first paragraph was to the same effect as s. 1375, which it replaced, and read as follows:

1379. Sales and gratuitous grants of lands belonging to the Crown are subject to a reserve, for fishing purposes, of three chains in depth of the lands bordering on non-navigable rivers and lakes in the Province.

Section 4 of the *1899 Act* expressly made the provision retroactive to June 1, 1884:

4. All sales and gratuitous grants of Crown lands, made since the 1st June, 1884, are declared to have been made subject to the reserve for fishing purposes of three chains in depth of the lands bordering on non-navigable rivers and lakes in the Province.

Le paragraphe 2 de l'art. 1 de cette même loi autorise le gouvernement à donner à bail la réserve des trois chaînes:

2. Ces terres, ainsi que celles déjà réservées à cette fin, peuvent être données à bail pour une période n'excédant pas dix années consécutives en faveur du plus haut enchérisseur, lorsqu'il s'agit des rivières à saumon . . .

Le premier alinéa de l'art. 3 détermine les droits du locataire:

3. Le bail confère au locataire, pour le temps qui y est fixé, le droit de prendre et de conserver la possession exclusive des terrains qui y sont décrits, en conformité des règlements et restrictions qui peuvent être établis, et lui donne le droit de faire la pêche dans les eaux avoisinant ses terrains.

Enfin, le dernier alinéa de l'art. 3 accorde un droit de passage sur la réserve des trois chaînes à celui dont la concession en est affectée:

Le droit général de passage, en allant à l'eau et en revenant, est aussi réservé, dans les baux, en faveur des occupants, s'il en est, en vertu d'un titre de la couronne, des terres situées immédiatement en arrière des terrains donnés à bail.

Lors de la refonte effectuée au cours de la même année 1888, le par. 1 de l'art. 1, précité, devient l'art. 1375 des Statuts refondus.

En 1899 est adoptée la *Loi concernant la pêche et les pêcheries*, S.Q. 1899, chap. 23 (ci-après la *Loi de 1899*). L'article 1 remplace par une nouvelle section la section relative à la réserve des trois chaînes dans les Statuts refondus de 1888. L'article 1375 des Statuts refondus qui correspondait au par. 1 de l'art. 1, précité, de la *Loi de 1888* devient l'art. 1379 des Statuts refondus. Son premier alinéa est au même effet que l'art. 1375 qu'il remplace et est ainsi rédigé:

1379. Les ventes et octrois gratuits des terres de la couronne sont sujets à une réserve, pour des fins de pêche, de trois chaînes en profondeur des terres bordant les rivières et les lacs non navigables de la province.

L'article 4 de la *Loi de 1899* décrète expressément la rétroactivité au 1^{er} juin 1884:

4. Tous les octrois gratuits et les ventes de terre de la couronne, faits depuis le 1^{er} juin 1884, sont déclarés être sujets à la réserve, pour des fins de pêche, de trois chaînes en profondeur des terres bordant les rivières et les lacs non navigables de la province.

In the 1909, revision s. 1379 of the Revised Statutes, introduced by the *1899 Act*, was merged with s. 4 of the same Act and became s. 2252 of the Revised Statutes, 1909. The first paragraph of s. 2252 stated:

2252. Sales and free grants of lands belonging to the Crown are and have been since the 1st of June, 1884, subject to a reserve, for fishing purposes, of three chains in depth of the lands bordering on non-navigable rivers and lakes in the Province.

It can be seen that the words "for fishing purposes" are still there.

Section 2252 was then amended by the *Act to amend the Quebec fish and game laws*, S.Q. 1919, c. 31 (hereinafter the *1919 Act*), the nature and effect of which was the primary focus of the debate in the case at bar.

Section 1 of the *1919 Act* provided:

1. Article 2252 of the Revised Statutes, 1909, is amended:

a. By replacing the words: "for fishing purposes", in the third line thereof, by the words: "in full ownership by the Crown";

Following the amendments introduced by s. 1 of the *1919 Act*, the wording of s. 2252 of the Revised Statutes, 1909 became:

Sales and free grants of lands belonging to the Crown are and have been since the 1st of June, 1884, subject to a reserve, in full ownership by the Crown, of three chains in depth of the lands bordering on non-navigable rivers and lakes in the Province.

This was substantially the form taken by the corresponding provision in the Revised Statutes, 1925, the *Quebec Fisheries Act*, c. 83, s. 7, the Revised Statutes, 1941, the *Quebec Fisheries Act*, c. 154, s. 7, the Revised Statutes, 1964, the *Fisheries Act*, c. 203, s. 7, and s. 41a. of the *Lands and Forests Act*, inserted by s. 83 of the *Wild-life Conservation Act*, S.Q. 1969, c. 58. Section 41a. of the *Lands and Forests Act* was the section in force when this action was instituted. Section 39 of the *Lands and Forests Act*, R.S.Q. c. T-9, is now replacing s. 41a.

Lors de la refonte de 1909, l'art. 1379 des Statuts refondus, introduit par la *Loi de 1899*, est fusionné avec l'art. 4 de la même loi et devient l'art. 2252 des Statuts refondus de 1909. Le premier alinéa de l'art. 2252 énonce:

2252. Les ventes et octrois gratuits des terres de la couronne sont, et ont été depuis le 1^{er} juin 1884, sujets à une réserve, pour des fins de pêche, de trois chaînes en profondeur des terres bordant les rivières et les lacs non navigables de la province.

On voit que l'on y trouve encore les mots «pour des fins de pêche».

C'est cet art. 2252 que viendra ensuite modifier la *Loi amendant la loi de la pêche de Québec et la loi de la chasse de Québec*, S.Q. 1919, chap. 31 (ci-après la *Loi de 1919*), sur la qualification et l'effet de laquelle a porté, en grande partie, le débat en l'espèce.

L'article 1 de la *Loi de 1919* édicte:

1. L'article 2252 des Statuts refondus, 1909, est amendé:

a. En remplaçant les mots: «pour des fins de pêche», dans la troisième ligne, par les mots: «en pleine propriété en faveur de la couronne»;

Suite aux modifications introduites par l'art. 1 de la *Loi de 1919*, le texte de l'art. 2252 des Statuts refondus de 1909 est devenu:

Les ventes et octrois gratuits des terres de la couronne sont, et ont été depuis le 1^{er} juin 1884, sujets à une réserve, en pleine propriété en faveur de la couronne, de trois chaînes en profondeur des terres bordant les rivières et les lacs non navigables de la province.

C'est substantiellement dans cette forme que l'on retrouvera par la suite le texte correspondant dans les Statuts refondus de 1925, la *Loi de la pêche*, chap. 83, art. 7, les Statuts refondus de 1941, la *Loi de la pêche*, chap. 154, art. 7, les Statuts refondus de 1964, la *Loi de la pêche*, chap. 203, art. 7, et l'art. 41a. de la *Loi des terres et forêts*, inséré par l'art. 83 de la *Loi de la conservation de la faune*, L.Q. 1969, chap. 58. C'est l'article 41a. de la *Loi des terres et forêts* qui était en vigueur au moment de l'institution de la présente action. L'article 39 de la *Loi sur les terres et forêts*, L.R.Q., chap. T-9, remplace aujourd'hui l'art. 41a.

On the face of it, s. 2252, as it stood following the amendment made by the *1919 Act*, leaves no doubt as to the nature of the right reserved, namely full ownership, nor does it leave any doubt as to its retroactive nature and its application to all grants made after June 1, 1884. However, the question then is whether the amendment made by the *1919 Act* applies from June 1, 1884 onwards, like s. 2252 in which it was inserted. What did the legislator intend? Is the *1919 Act* itself retroactive? Is it simply interpreting legislation or is it declaratory and so retroactive? — or can some other indication be found of the legislator's intent to make it retroactive?

In his text *Rédaction et interprétation des lois* (1965), Louis-Philippe Pigeon, later a member of this Court, tells us at pp. 49-50:

[TRANSLATION]

THE DECLARATORY PROVISION

One way of giving legislation retroactive effect is to make a statute declaratory. The fact that a legislature enjoys absolute authority means that the courts must comply with what the Legislature declares provided it is sufficiently explicit. Unlike a body exercising delegated authority, non-retroactivity is only a rule of interpretation so far as the Legislature is concerned. It is not a constitutional limitation as it is in the U.S. The legislator therefore does not have to observe this rule and if it expresses its intent with sufficient clarity the courts must comply, *Tolfree v. Clark* (1943), 3 D.L.R. 684.

I should mention that, as a consequence of section 50 of our Interpretation Act, wording a statute in the present tense will not suffice to make it declaratory: the intention to make it declaratory must be formally stated. Section 50 reads: "No provision of law shall be declaratory or have a retroactive effect, by reason alone of its being enacted in the present tense". In order to override the presumption that it is not retroactive, therefore, the presumption that the statute does not have a declaratory effect, there must be a clear statement.

THE INTERPRETING PROVISION

The interpreting provision is similar to the declaratory provision. An interpreting provision is not actually a true interpretation, because the very principle of the separa-

À la simple lecture, l'art. 2252, tel que formulé par suite de la modification effectuée par la *Loi de 1919*, ne laisse aucun doute quant à la nature du droit réservé, soit la pleine propriété, et ne laisse aucun doute non plus quant à sa rétroactivité et son applicabilité à toutes les concessions consenties depuis le 1^{er} juin 1884. La question est alors posée cependant de savoir si la modification faite par la *Loi de 1919* a effet depuis le 1^{er} juin 1884 comme l'art. 2252 dans lequel elle est insérée. Quelle était l'intention du législateur? La *Loi de 1919* est-elle elle-même rétroactive? Est-ce une loi simplement interprétative ou est-elle déclaratoire et par conséquent rétroactive? Ou peut-on trouver autrement l'intention du législateur de la faire rétroactive?

Dans son livre *Rédaction et interprétation des lois* (1965), Louis-Philippe Pigeon, plus tard membre de cette Cour, nous dit aux pp. 49 et 50:

LA DISPOSITION DÉCLARATOIRE

Une façon de donner l'effet rétroactif c'est de rendre une loi déclaratoire. Le caractère absolu de l'autorité législative fait que les tribunaux sont tenus de se conformer à la déclaration de la Législature dès qu'elle est suffisamment explicite. En effet, à l'égard de la Législature, par opposition aux corps qui jouissent d'un pouvoir délégué, la non-rétroactivité n'est qu'une règle d'interprétation. Ce n'est pas une restriction constitutionnelle comme ce l'est aux États-Unis. Par conséquent, le législateur n'est pas obligé de respecter ce principe et s'il exprime sa volonté de façon suffisamment claire les tribunaux doivent s'incliner, *Tolfree c. Clark*, (1943, 3 D.L.R., 684).

Je signale que par suite de l'article 50 de notre loi d'interprétation, pour rendre une loi déclaratoire, il ne suffit pas qu'elle soit énoncée au présent, il faut que l'intention de ce faire soit formellement exprimée. En effet, l'article 50 se lit: «Nulle disposition légale n'est déclaratoire ou n'a d'effet rétroactif pour la raison seule qu'elle est énoncée au présent du verbe.» Pour mettre de côté la présomption de non-rétroactivité, la présomption que la loi n'a pas le caractère déclaratoire, il faut donc s'en exprimer clairement.

LA DISPOSITION INTERPRÉTATIVE

La disposition interprétative s'apparente à la disposition déclaratoire. Une disposition interprétative n'est pas au fond une véritable interprétation parce que le prin-

tion of powers means that it is the function of the courts to interpret legislation and the Legislature to enact it. Accordingly, when the Legislature interprets legislation which it has enacted, in reality this is not interpretation but legislation. Lest anyone regard this as a mere subtlety, I should at once mention a consequence which results from this. It is that interpreting legislation does not have retroactive effect unless it is made in the form of a declaratory statute. If the Legislature "interprets" legislation it has passed, from the standpoint of the courts such "interpretation" is legislation and thus subject to the rule that the new statute is not retroactive. The courts will accordingly give effect to the legislative interpretation once the Legislature has enacted it, but in respect of past events will apply the statute according to their interpretation, even if this is contrary to the subsequent legislative "interpretation". If the Legislature intends the courts to be bound by the legislative interpretation as to past events, it must make the statute declaratory: it is not declaratory simply because it is interpreting. If it is to be interpreting and declaratory, it must contain an unambiguous statement of the intent to impose the new meaning "ab initio".

In *Craies on Statute Law* (7th ed. 1971), it is stated at p. 58:

For modern purposes a declaratory Act may be defined as an Act to remove doubts existing as to the common law, or the meaning or effect of any statute. Such Acts are usually held to be retrospective.

The usual reason for passing a declaratory Act is to set aside what Parliament deems to have been a judicial error, whether in the statement of the common law or in the interpretation of statutes.

In *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), it is stated at p. 215:

Upon the presumption that the legislature does not intend what is unjust rests the leaning against giving certain statutes a retrospective operation. They are construed as operating only in cases or on facts which come into existence after the statutes were passed unless a retrospective effect is clearly intended. It is a fundamental rule of English law that no statute shall be construed to have a retrospective operation unless such a construction appears very clearly in the terms of the Act, or arises by necessary and distinct implication. (*West v. Gwynne* [1911] 2 Ch. 1, per Kennedy L.J. Cf. *Smith v. Callander* [1901] A.C. 297; *Re Snowdon Colliery Co. Ltd.* (1925) 94 L.J. Ch. 305.)

cipe même de la séparation des pouvoirs veut qu'il appartienne aux tribunaux d'interpréter les lois et à la Législature de les faire. Par conséquent, lorsque la Législature interprète la loi qu'elle a promulguée, en réalité ce n'est pas une interprétation mais une législation. De crainte que l'on ne voie une pure subtilité, j'en indique immédiatement une conséquence. C'est que la loi interprétative n'a pas d'effet rétroactif à moins qu'on n'en fasse une loi déclaratoire. Si la Législature «interprète» une loi qu'elle a passée, aux yeux des tribunaux cette «interprétation» est de la législation, par conséquent, elle est assujettie à la règle que cette nouvelle loi n'a pas d'effet rétroactif. Les tribunaux donneront donc effet à l'interprétation législative à compter du moment où la Législature l'a édictée mais, pour le passé, les tribunaux appliqueront la loi suivant leur interprétation, même si elle est contraire à l'«interprétation» législative subséquente. Si l'on veut que les tribunaux soient liés, pour le passé, par l'interprétation législative, il faut la rendre déclaratoire: la loi n'est pas déclaratoire du seul fait qu'elle est interprétative. Pour qu'elle soit interprétative et déclaratoire, il faut que l'on y trouve une expression non équivoque de l'intention d'attribuer le sens nouveau «ab initio».

Dans l'ouvrage *Craies on Statute Law* (7th ed. 1971), il est écrit à la p. 58:

[TRADUCTION] Dans le contexte contemporain, une loi déclaratoire peut être définie comme une loi visant à dissiper les doutes qui existent quant à la *common law* ou encore quant au sens ou à l'application d'une loi. De telles lois sont habituellement considérées comme ayant un effet rétroactif.

Habituellement le Parlement adopte une loi déclaratoire pour écarter ce qu'il estime être une erreur judiciaire, que ce soit dans l'énoncé de la *common law* ou dans l'interprétation des lois.

Dans *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), on peut lire à la p. 215:

[TRADUCTION] Le refus de donner à certaines lois une application rétroactive repose sur la présomption que le législateur n'a pas en vue ce qui est injuste. Ces lois sont interprétées comme ne s'appliquant qu'aux faits qui se produisent après leur adoption, à moins que l'application rétroactive ne soit expressément prévu. Le droit anglais pose pour règle fondamentale que nulle loi ne doit s'interpréter comme ayant un effet rétroactif, à moins qu'une telle interprétation ne ressorte clairement du texte de la loi ou ne s'impose comme inéluctable. (*West v. Gwynne* [1911] 2 Ch. 1, le lord juge Kennedy. Voir *Smith v. Callander* [1901] A.C. 297; *Re Snowdon Colliery Co. Ltd.* (1925) 94 L.J. Ch. 305.)

And at p. 216:

One of the most well-known statements of the rule regarding retrospectivity is contained in this passage from the judgment of R. S. Wright in *Re Athlumney*, [1898] 2 Q.B. 551, at pp. 551, 552: "Perhaps no rule of construction is more firmly established than this — that a retrospective operation is not to be given to a statute so as to impair an existing right or obligation, otherwise than as regards matter of procedure, unless that effect cannot be avoided without doing violence to the language of the enactment. If the enactment is expressed in language which is fairly capable of either interpretation, it ought to be construed as prospective only".

Maxwell further writes, at p. 216:

If, however, the language or the dominant intention of the enactment so demands, the Act must be construed so as to have a retrospective operation, for "the rule against the retrospective effect of statutes is not a rigid or inflexible rule but is one to be applied always in the light of the language of the statute and the subject-matter with which the statute is dealing." (*Carson v. Carson* [1964] 1 W.L.R. 511, *per* Scarman J. at p. 517.)

In *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] S.C.R. 47, Lamont J. writes at p. 50:

If, however, any doubt as to the legislative intention exists after a perusal of the language of the Act, then, as Lord Hatherly [*sic*], L.C., said in *Pardo v. Bingham* (1869), 4 Ch. App. 735, at 740:

We must look to the general scope and purview of the statute, and at the remedy sought to be applied, and consider what was the former state of the law, and what it was that the Legislature contemplated.

In *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413, Duff J., as he then was, wrote at p. 419 regarding the intent of the legislator:

... that intention may be manifested by express language or may be ascertained from the necessary implications of the provisions of the statute, or the subject matter of the legislation or the circumstances in which it was passed may be of such a character as in themselves to rebut the presumption that it is intended only to be prospective in its operation.

Et, à la p. 216:

[TRADUCTION] L'un des énoncés les plus connus de la règle concernant la rétroactivité est contenu dans ce passage du jugement de R. S. Wright dans *Re Athlumney*, [1898] 2 Q.B. 551, aux pp. 551 et 552: «Il se peut qu'aucune règle d'interprétation ne soit plus solidement établie que celle-ci: un effet rétroactif ne doit pas être donné à une loi de manière à altérer un droit ou une obligation existants, sauf en matière de procédure, à moins que ce résultat ne puisse pas être évité sans faire violence au texte. Si la rédaction du texte peut donner lieu à plusieurs interprétations, on doit l'interpréter comme devant prendre effet pour l'avenir seulement».

Maxwell écrit encore à la p. 216:

[TRADUCTION] Toutefois, si la langue ou l'intention première du texte législatif l'exige, la loi doit être interprétée de manière à s'appliquer rétroactivement, car «la règle contre l'effet rétroactif des lois n'est ni rigide ni inflexible mais doit toujours être appliquée en fonction du texte de la loi et de l'objet de celle-ci.» (*Carson v. Carson* [1964] 1 W.L.R. 511, le juge Scarman à la p. 517.)

Dans *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47, le juge Lamont écrit à la p. 50:

[TRADUCTION] Si, toutefois, il subsiste encore un doute en ce qui a trait à l'intention du législateur après la lecture du texte de la loi, alors, comme l'a dit le lord chancelier Hatherley dans *Pardo v. Bingham* (1869), 4 Ch. App. 735, à la p. 740:

Nous devons considérer la portée et le champ d'application de la loi, le remède que le législateur cherchait à appliquer, l'état antérieur du droit et l'objectif du législateur.

Dans *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413, le juge Duff, plus tard Juge en chef, écrit à la p. 419 à propos de l'intention du législateur:

[TRADUCTION] ... cette intention peut être manifeste ou peut ressortir des déductions nécessaires que comportent les dispositions de la loi ou de l'objet de la loi, ou les circonstances dans lesquelles elle a été adoptée peuvent être telles qu'en elles-mêmes elles réfutent la présomption selon laquelle la loi était destinée seulement à avoir une application pour l'avenir.

Superior Court Judgment

At [1979] C.S. 286, the Superior Court judge drew an initial conclusion, namely that lake number 3 is non-navigable and floatable.

This conclusion is not at issue.

After making certain comments which were not challenged, regarding the various provisions governing navigable and floatable lakes and waterways on the one hand and those which are non-navigable and floatable on the other, the judge proceeded to review the legislative history of the three-chain reserve. The judge noted the two most important stages, the 1899 and 1919 Acts mentioned above. She further properly observed that the entire controversy centers on the replacement by the *1919 Act* of the words "for fishing purposes" in s. 2252 by the phrase "in full ownership by the Crown".

The judge reviewed the decisions regarding the nature of the right conferred on the government by the three-chain reserve, and in particular *MacLaren v. Attorney-General for Quebec*, [1914] A.C. 258, and *Patenaude v. W. C. Edwards & Co.* (1915), 21 R.L. n.s. 523. In *MacLaren*, Champagne J. of the Superior Court considered that the three-chain reserve was simply a fishing servitude and that the ownership was in the recipient of the grant. This judgment of May 30, 1910 has not been published, but the gist of it is contained in the Court of Appeal judgment (1911), 21 Q.B. 42, at pp. 42-46. The judgment in *Patenaude* is to the same effect as the Superior Court judgment in *MacLaren*.

The *MacLaren* judgment was set aside by the Court of Appeal. An appeal to this Court (1912), 46 S.C.R. 656, was dismissed, as the Court was equally divided. The case was appealed to the Privy Council, which restored the judgment of Champagne J. However, it is important to note that the main point at issue in the Privy Council judgment concerned the navigability and floatability of the Gatineau River. The three-chain reserve was nowhere mentioned.

The Superior Court judge then considered the question of the retroactivity of the *1919 Act* or the

Le jugement de la Cour supérieure

Le juge de la Cour supérieure à [1979] C.S. 286, tire une première conclusion, savoir que le lac numéro 3 est non navigable et flottable.

Cette conclusion n'est pas remise en cause.

Après quelques observations, non contestées d'ailleurs, sur les régimes divers qui gouvernent les lacs et les cours d'eau navigables et flottables d'une part et ceux qui ne le sont pas d'autre part, le juge procède à l'étude de l'historique législatif de la réserve des trois chaînes. Le juge souligne les deux étapes les plus importantes, soit les Lois de 1899 et de 1919 déjà mentionnées. De plus, elle observe avec justesse que toute la controverse porte sur le remplacement par la *Loi de 1919* des mots «pour des fins de pêche» de l'art. 2252 par l'expression «en pleine propriété en faveur de la couronne».

Le juge passe en revue la jurisprudence qui traite de la nature du droit que confère au gouvernement la réserve des trois chaînes et en particulier *MacLaren v. Attorney-General for Quebec*, [1914] A.C. 258, et *Patenaude v. W. C. Edwards & Co.* (1915), 21 R.L. n.s. 523. Dans *MacLaren*, le juge Champagne de la Cour supérieure était d'avis que la réserve des trois chaînes ne constituait qu'une servitude de pêche et que la propriété était celle du concessionnaire. Ce jugement du 30 mai 1910 n'est pas publié, mais la partie essentielle en est reproduite dans l'arrêt de la Cour d'appel (1911), 21 B.R. 42, aux pp. 42 à 46. Le jugement dans *Patenaude* est au même effet que celui de la Cour supérieure dans *MacLaren*.

Le jugement *MacLaren* fut infirmé par la Cour d'appel. Un pourvoi à cette Cour (1912), 46 R.C.S. 656, fut rejeté, les juges étant divisés également. L'affaire fut portée au Conseil privé qui rétablit le jugement du juge Champagne. Il est important de mentionner cependant que la principale question qui a fait l'objet de l'arrêt du Conseil privé avait trait à la navigabilité et flottabilité de la rivière Gatineau. Il n'y était aucunement question de la réserve des trois chaînes.

Le juge de la Cour supérieure aborde ensuite la question de la rétroactivité de la *Loi de 1919* ou de

application to grants made between 1884 and 1919 of the amendment introduced by the *1919 Act*, which replaced the words "for fishing purposes" in s. 2252 by the words "in full ownership by the Crown". After a thorough analysis of the arguments made for and against by the various authors who have discussed the point, the judge concluded that the *1919 Act* is not retroactive. In her view, that Act is an interpreting and not declaratory Act. Finally, the judge favoured the view that the Crown's right is only a fishing servitude, not an ownership right. The argument of appellant Healey, asserting his ownership right, was thus valid and the motion for ejectment and possession was accordingly dismissed. The judge wrote, *inter alia*, at p. 308:

[TRANSLATION] It is clear that the 1919 Act makes no mention of its being retroactive, either expressly or otherwise. So far as the question before the Court is concerned, its only effect is to replace a phrase in an earlier statute. Some authors appear to have assumed that the 1919 Act contains the words "in 1884 . . . were and are in full ownership by the Crown". That is not the case.

However, before 1919 the reserve for fishing purposes which the Crown retained through its various Acts (1888 and 1899) was undoubtedly retroactive to 1884; but there is no specific reference in the 1919 Act.

A little further on, at p. 309:

[TRANSLATION] In the present circumstances, there is no question that this is an interpreting and not a declaratory Act. If the legislator disagreed with the courts' interpretation, he could submit this question clearly to the courts if, as the applicant contended, the question had never been decided by them except indirectly.

Further, at p. 310:

[TRANSLATION] The intent to legislate for the past is nowhere stated, and as the Act affects the vested rights of owners of the land in question, there is no doubt that its retroactivity cannot be presumed. If the 1919 Act were held to be retroactive, the Crown would in effect be expropriating without compensation a large number of owners who have vested rights in this strip of land 198 feet deep. In the view of the Court, this would have required a clear and unambiguous provision or the adop-

l'applicabilité aux concessions faites entre 1884 et 1919 de la modification effectuée par la *Loi de 1919* qui remplace dans l'art. 2252 les mots «pour des fins de pêche» par les mots «en pleine propriété en faveur de la couronne». Après une soigneuse analyse des arguments avancés pour et contre par les nombreux auteurs qui ont écrit sur le sujet, le juge conclut que la *Loi de 1919* n'est pas rétroactive. À son avis cette loi est une loi interprétative et non déclaratoire. Le juge enfin favorise la thèse selon laquelle le droit de la couronne n'était qu'une servitude de pêche et non un droit de propriété. La prétention de l'appelant Healey qui affirme son droit de propriété est donc bien fondée et en conséquence la requête en expulsion et en possession est rejetée. Le juge écrit notamment, à la p. 308:

Il est clair que la Loi de 1919 ne mentionne aucunement, ni explicitement ni autrement, qu'elle est rétroactive. Son seul effet, quant à la question qui nous préoccupe, est de remplacer un membre de phrase dans une Loi antérieure. Or, il semble que certains auteurs prennent pour acquis que se retrouvent, dans la Loi de 1919 même, les mots «dès 1884 . . . ont été et sont en pleine propriété en faveur de la Couronne». Tel n'est pas le cas.

Avant 1919, toutefois, la réserve pour fins de pêche que la Couronne s'attribuait par ses diverses Lois (1888, 1899) était sans aucun doute rétroactive à 1884. Mais une telle mention spéciale ne se retrouve pas dans la Loi de 1919.

Et, un peu plus loin, à la p. 309:

Dans les circonstances présentes, il n'y a pas de doute qu'il s'agit d'une Loi interprétative et non déclaratoire. Si le Législateur n'avait pas accepté l'interprétation des Tribunaux, il avait le pouvoir de soumettre clairement cette question aux Tribunaux si, comme le prétend le requérant, la question n'a jamais été tranchée par ces derniers, si ce n'est qu'implicitement.

Et encore, à la p. 310:

L'intention de légiférer pour le passé n'est aucunement exprimée et, comme la Loi affecte les droits acquis des propriétaires des terrains visés, il ne saurait faire de doute qu'on ne peut présumer de sa rétroactivité. En effet, si l'on donnait à la Loi de 1919 un caractère rétroactif, la Couronne, en fait, exproprierait sans indemnité un nombre considérable de propriétaires qui ont des droits acquis à cette bande de terrain de 198 pieds de profondeur. Cela, de l'avis du Tribunal, aurait

tion of a declaratory Act. If that was the legislator's intent, he certainly has not said so.

At page 311, the Superior Court judge concluded:

[TRANSLATION] All these factors may explain why, as Bouffard said [*Traité du domaine* (1921)], if the legislator intended by the 1919 Act to vest in the Crown what it believed it always had but was being denied by the courts, it was nowhere so said in accordance with either the rules of interpretation or the theory of vested rights. It certainly is not the Court's function to redress this error now, if there was an error.

For all these reasons, the Court comes to the conclusion that applicant's petition, which assumes that the 1919 Act is retroactive, is without foundation.

Court of Appeal Judgment

The Superior Court judgment was unanimously set aside by the five judges on the Court of Appeal, [1983] C.A. 573, for two reasons. First, the three-chain reserve "for fishing purposes" has under the 1888 Act and the 1899 Act preserved the government's right of ownership from the outset. Second, the 1919 Act is both interpreting and declaratory legislation, and hence retroactive.

Turgeon and Bisson J.J.A. wrote reasons concurred in by the other judges.

Turgeon J.A. wrote at p. 591:

[TRANSLATION] I am convinced that the Crown did not only reserve the fishing rights, but the land as well.

He further wrote, at p. 591:

[TRANSLATION] Like my brother, I consider that the 1919 Act is interpreting and declaratory legislation.

At page 590, Bisson J.A. wrote:

[TRANSLATION] I conclude as follows:

1. In view of all the points I have mentioned regarding, the Privy Council judgment in *MacLaren* does not constitute a binding precedent in relation to the interpretation of the 1888 and 1899 Acts;
2. The decisions of the Quebec Superior Court in 1910 in *MacLaren* and 1915 in *Patenaude* were in error regarding the interpretation of these two statutes;

exigé une disposition claire et non ambiguë, ou l'adoption d'une Loi déclaratoire. Si telle était l'intention du Législateur, il ne l'a certainement pas exprimée.

Le juge de la Cour supérieure conclut, à la p. 311:

Tous ces facteurs peuvent expliquer que si, comme le dit Bouffard [*Traité du domaine* (1921)], le Législateur avait l'intention, par sa Loi de 1919, d'approprier à la Couronne ce qu'elle croyait avoir toujours possédé mais que les Tribunaux lui refusaient, il ne l'a aucunement exprimé en ne tenant compte ni des règles d'interprétation ni de la théorie des droits acquis. Il n'appartient certes pas au Tribunal aujourd'hui de pallier à cette erreur, si toutefois erreur il y a.

Pour toutes ces raisons, le Tribunal en vient à la conclusion que la requête du requérant, qui présuppose la rétroactivité de la Loi de 1919, est mal fondée.

L'arrêt de la Cour d'appel

Le jugement de la Cour supérieure a été infirmé à l'unanimité par les cinq juges composant la Cour d'appel, [1983] C.A. 573. Celle-ci retient deux motifs. Premièrement, la réserve des trois chaînes «pour fins de pêche» a depuis l'origine, au sens de la *Loi de 1888* et de la *Loi de 1899*, conservé au gouvernement un droit de propriété. Deuxièmement, la *Loi de 1919* est une loi à la fois interprétative et déclaratoire, donc rétroactive.

Les juges Turgeon et Bisson ont déposé des motifs auxquels les autres juges souscrivent.

Le juge Turgeon écrit, à la p. 591:

Je suis convaincu que la Couronne ne s'est pas réservé seulement le droit de pêche, mais qu'elle s'est réservé des terrains.

Il écrit encore, à la p. 591:

Comme mon collègue, je suis d'opinion que la loi de 1919 est une loi interprétative et déclaratoire.

Le juge Bisson écrit, à la p. 590:

Je conclus comme suit:

1. Eu égard à toutes les circonstances que j'ai exposées à son sujet, l'arrêt du Conseil privé dans *MacLaren* ne constitue pas un précédent contraignant quant à l'interprétation des législations de 1888 et de 1899;
2. Les décisions de la Cour supérieure du Québec de 1910 dans *MacLaren* et de 1915 dans *Patenaude* ont été prononcées erronément en ce qui touche une interprétation de ces deux législations;

3. Under these Acts, the Crown in right of the province — unless it indicates otherwise — has always retained full ownership of a three-chain reserve on grants made since June 1, 1884 of land along non-navigable and non-floatable waterways in Quebec;

4. The 1919 Act should not be regarded as an acceptance of the interpretation given to the 1888 legislation and that of 1899 by the Superior Court in *MacLaren* and *Patenaude*;

5. On the contrary the 1919 Act, which clarified the wording of the law, was a repudiation of that interpretation;

6. In view of the real meaning of the 1888 and 1899 Acts as to the nature of the three-chain reserve, the 1919 Act operated as a declaratory and interpreting statute, as opposed to one which created new law.

The Court of Appeal accordingly allowed the appeal and granted the petition of the Attorney General. It ordered a writ of possession to be issued against Healey and directed him to leave the property and deliver possession of it to the Minister of Lands and Forests or any person authorized by him to receive it.

Appellant's Position

According to appellant, the questions raised by this appeal are as follows:

[TRANSLATION] The legal issue turns essentially on the nature, extent and application of the three-chain reserve on lands granted by the Crown in right of the province along non-navigable and non-floatable rivers and lakes in the province of Quebec between June 1, 1884 and March 17, 1919.

Within this general context, the specific points at issue are as follows:

Does the 1899 Act (the *Act respecting Fisheries and Fishing*, 62 Vict., c. XXIII) confer on the Crown in right of the province, for lands granted during the aforementioned period, a three-chain reserve along non-navigable and non-floatable rivers and lakes in the province of Quebec for fishing purposes only or in full ownership?

Further, does the aforesaid decision of the Judicial Committee of the Privy Council in *MacLaren*, by restoring the trial judgment of the Superior Court of the province of Quebec which had defined the three-chain reserve as a servitude for fishing purposes only, confirm that definition and constitute a binding precedent under the stare decisis principle?

3. Aux termes de ces lois, la Couronne provinciale — à moins qu'elle n'y renonce — a toujours conservé en pleine propriété une réserve de trois chaînes lors de concessions, depuis le 1^{er} juin de 1884, de terrains le long des cours d'eau non navigables et non flottables du Québec;

4. La loi de 1919 ne doit pas être considérée comme une acceptation de l'interprétation donnée à la législation de 1888 et à celle de 1899 par la Cour supérieure dans *MacLaren* et *Patenaude*;

5. Bien au contraire, cette loi de 1919, ayant précisé le texte de la loi, constitue une répudiation de cette interprétation;

6. Vu la véritable signification des lois de 1888 et 1899 quant à la nature de la réserve des trois chaînes, la loi de 1919 fait office de loi déclarative et interprétative, par opposition à une loi qui aurait créé le droit nouveau.

En conséquence, la Cour d'appel accueille l'appel et fait droit à la requête du Procureur général. Elle ordonne l'émission d'un bref de possession contre Healey et l'enjoint de laisser l'immeuble et d'en livrer la possession au ministre des Terres et Forêts ou à la personne par lui autorisée à la recevoir.

La position de l'appelant

Selon l'appelant les questions soulevées par ce pourvoi sont les suivantes:

Le débat juridique porte essentiellement sur la nature, l'étendue et la portée de la réserve des trois chaînes sur les terres concédées par la Couronne Provinciale en bordure des rivières et des lacs non navigables et non flottables de la Province de Québec à compter du 1^{er} juin 1884 jusqu'au 17 mars 1919.

Dans ce cadre général, les points particuliers à débattre sont les suivants:

La loi de 1899 (*Loi concernant la pêche et les pêcheries*, 62 VICT. Ch. XXIII) confère-t-elle à la Couronne Provinciale, pour les terres concédées durant la période ci-haut mentionnée, une réserve de trois chaînes pour fins de pêche seulement ou en pleine propriété, en bordure des rivières et des lacs non navigables et non flottables de la Province de Québec?

De plus, l'arrêt *MacLaren* du Comité judiciaire du conseil privé précité, en restaurant le jugement de première instance de la Cour Supérieure de la Province de Québec lequel avait défini la réserve des trois chaînes comme étant une servitude pour fins de pêche seulement, confirme-t-il cette définition et constitue-t-il un précédent contraignant selon la doctrine du stare decisis?

Does the 1919 amendment (the *Act to amend the Quebec fish and game laws*, 9 Geo. V, c. 31, section 1) to the 1909 Act (*Revised Statutes of the Province of Quebec*, Section X, "Quebec Fisheries' Act", section 2252) have a declaratory or retroactive effect, or is it instead new legislation applicable only to the future and amending the existing provisions or the nature of the three-chain reserve?

Do the general revisions of 1925, 1941 and 1964, as well as the replacement Act of 1968 and the general revision of 1977, by adopting on the one hand the retroactivity introduced by the 1899 Act (s. 4 of the *Act respecting Fisheries and Fishing*, 62 Vict., c. XXIII), for the reserve for fishing purposes, and on the other hand the 1919 amendment (s. 1 of the *Act to amend the Quebec fish and game laws*, 9 Geo. V, c. 31) finally establish a right of ownership for the Crown in right of the province over the three-chain reserve on lands granted from June 1, 1884 to March 17, 1919, or is it possible to rely on s. 2252 of the 1909 Act (*Revised Statutes of the province of Quebec*, Section 10, "Quebec Fisheries' Act") since it has not to date been the subject of any amendment which could affect the ownership right of grantees of the Crown in right of the province over the three-chain reserve for lands granted between June 1, 1884 and March 17, 1919?

In the submission of appellant, the Court of Appeal judgment is vitiated by the following errors:

[TRANSLATION] The Quebec Court of Appeal erred in law when it concluded that the decision of the Judicial Committee of the Privy Council in *MacLaren v. Hanson and the Attorney-General of the Province of Quebec*, [1914] A.C. 258, did not rule on the three-chain reserve.

The Quebec Court of Appeal erred in law when it held that the *stare decisis* rule is not applicable here.

The Quebec Court of Appeal erred in law by interpreting the Acts of 1888 (the *Act to amend and consolidate the laws relating to fisheries*, 51-52 Vict., c. 17) and 1899 (the *Act respecting Fisheries and Fishing*, 62 Vict., c. 23) as creating in the Crown in right of the province a right of ownership over the three-chain reserve along non-navigable and non-floatable waterways in the province of Quebec for grants which it made between June 1, 1884 and March 17, 1919.

Finally, the Quebec Court of Appeal erred in law in deciding that the 1919 amending legislation (section 1 of

L'amendement de 1919 (*Loi amendant la Loi de la Pêche de Québec et la Loi de la Chasse de Québec*, 9 Geo V Ch. 31, article 1) à la Loi de 1909 (*Statuts refondus de la Province de Québec*, section X «de la Loi de la Pêche» article 2252) a-t-il un effet déclaratoire ou rétroactif ou s'agit-il plutôt d'une loi nouvelle ne valant que pour l'avenir et modifiant le régime antérieur ou la nature de la réserve des trois chaînes?

Les refontes générales de 1925, 1941 et 1964 de même que la loi de remplacement de 1968 et la refonte générale de 1977, en reprenant d'une part la rétroactivité établie par la loi de 1899 (l'article 4 de la *Loi concernant la pêche et les pêcheries*, 62 Vict. Ch. XXIII), pour la réserve pour fins de pêche, et d'autre part l'amendement de 1919 (l'article 1 de la *Loi amendant la Loi de la Pêche de Québec et la Loi de la Chasse de Québec*, 9 Geo. V Ch. 31) auraient-elles établi définitivement un droit de propriété pour la Couronne Provinciale sur la réserve des trois chaînes pour les terres concédées du 1^{er} juin 1884 au 17 mars 1919 ou peut-on invoquer l'article 2252 de la Loi de 1909 (*Statuts refondus de la province de Québec*, section 10 «de la Loi de la pêche») puisqu'il n'a jamais fait l'objet d'aucune modification jusqu'à ce jour qui pourrait affecter le droit de propriété des concessionnaires de la Couronne Provinciale sur la réserve des trois chaînes pour les terres concédées du 1^{er} juin 1884 au 17 mars 1919?

Selon l'appelant, l'arrêt de la Cour d'appel est entaché des erreurs suivantes:

La Cour d'Appel du Québec a erré en droit lorsqu'elle conclut que l'arrêt *MacLaren -vs- Hanson et le Procureur Général de la Province de Québec*, du comité judiciaire du Conseil privé (1914 A.C. 258) n'a pas statué sur la réserve des trois chaînes.

La Cour d'Appel du Québec a erré en droit lorsqu'elle a décidé que la règle du *stare decisis* n'est pas ici applicable.

La Cour d'Appel du Québec a erré en droit en interprétant les textes législatifs de 1888 (*Acte pour amender et refondre les lois de la pêche* 51-52 Vict. Ch. 17) et de 1899 (*Loi concernant la pêche et les pêcheries* 62 Vict. Ch. 23) comme créant pour la Couronne provinciale un droit de propriété sur la réserve des trois chaînes en bordure des eaux non navigables et non flottables de la Province de Québec, pour les concessions qu'elle fit entre le 1^{er} juin 1884 et le 17 mars 1919.

La Cour d'Appel du Québec a enfin erré en droit en décidant que la modification législative de 1919 (l'arti-

the *Act to amend the Quebec fish and game laws*, 9 Geo. V, c. 31) was declaratory of existing law and therefore in no way altered the existing legal provisions.

Appellant analysed the 1888 and 1899 legislation. He submitted that the three-chain reserve was only a servitude for fishing purposes. He argued that the right of grantees who obtained their title between June 1, 1884 and March 17, 1919 is a right of ownership.

In appellant's submission:

[TRANSLATION] The words "for fishing purposes" have the effect of qualifying the reserve and limiting the Crown's [rights] to fishing rights.

Concerning the *MacLaren* judgment, appellant wrote:

[TRANSLATION] By restoring the judgment of Champagne J. and recognizing the MacLarens' full ownership over both banks and the bed of the Gatineau River, the Judicial Committee of the Privy Council, without saying so expressly, recognized that the three-chain reserve does not constitute a right of ownership in favour of the Crown.

On this point, I should say at once that I am not satisfied by appellant's argument. To conclude, merely because a judgment restores a trial judgment, that it decided a question which was not submitted to it would be a wholly novel way of determining the scope of a judgment. As I mentioned, what the Privy Council had to decide in *MacLaren* was whether the Gatineau River was navigable and floatable. The Privy Council did not rule on the question of the three-chain reserve.

Finally, appellant submitted that the *1919 Act* is not declaratory and has no retroactive effect. He added that no legislation had subsequently been adopted that could affect his ownership right.

Respondent's Position

Respondent relied on the Court of Appeal judgment, which held that the three-chain reserve had always conferred full ownership on the government.

cle 1 de la *Loi amendant la Loi de la Pêche de Québec*, et la *Loi de la Chasse de Québec*, 9 Geo. V Ch. 31) était déclaratoire du droit existant et qu'en conséquence elle ne modifie en rien le régime juridique antérieur.

^a L'appelant analyse les législations de 1888 et 1899. Il soumet que la réserve des trois chaînes ne constituait qu'une servitude pour fins de pêche. Il plaide que le droit des concessionnaires ayant obtenu leur titre entre le 1^{er} juin 1884 et le 17 mars 1919 est un droit de propriété.

Aux dires de l'appelant:

^c Les mots «pour des fins de pêche» viennent qualifier la réserve et limitent [les droits] de la Couronne à des droits de pêche.

Au sujet de l'arrêt *MacLaren*, l'appelant écrit:

^d En restaurant le jugement du juge Champagne et en reconnaissant la pleine propriété des MacLaren sur les deux rives de la rivière Gatineau et de son lit, le comité judiciaire du Conseil privé, sans le dire explicitement, reconnaissait que la réserve des trois chaînes ne constituait pas en faveur de la Couronne un droit de propriété.

Sur ce point je dirai dès à présent que l'argument de l'appelant ne me paraît pas convaincant. ^f Ce serait une façon toute nouvelle de déterminer la portée d'un arrêt si du seul fait qu'il rétablit le jugement de première instance, il était considéré comme déterminant une question qui ne semble pas lui avoir été soumise. Je l'ai mentionné, ce qu'avait à trancher le Conseil privé dans *MacLaren* c'était la navigabilité et flottabilité de la rivière Gatineau. Le Conseil privé n'a pas statué sur la question de la réserve des trois chaînes.

^h L'appelant soumet enfin que la *Loi de 1919* n'est pas déclaratoire et n'a pas d'effet rétroactif. Il ajoute qu'aucune législation n'est intervenue depuis qui soit de nature à affecter son droit de propriété.

La position de l'intimé

^j L'intimé s'appuie sur l'arrêt de la Cour d'appel qui a décidé que la réserve des trois chaînes a toujours conféré au gouvernement la pleine propriété.

Further, respondent submitted that s. 2252 of the Revised Statutes, 1909, as amended by the *1919 Act*, is clearly declaratory and retroactive to June 1, 1884 and that the *1919 Act* is retroactive in its effect.

Finally, respondent relied on s. 41a. of the *Lands and Forests Act*, added by s. 83 of the *Wild-life Conservation Act*, S.Q. 1969, c. 58.

The first paragraph of s. 41a. provides:

41a. From and after the 1st of June 1884, the sales, concessions and free grants of public lands are subject to a reserve, in full ownership in favour of the public domain of the province of Québec, of three chains in depth of the land bordering on the non-navigable rivers and lakes of the province of Québec.

It can be seen that this section is essentially a repetition of s. 2252 of the Revised Statutes, 1909, as amended by the *1919 Act*. As I have already indicated, this section is always to be found somewhere in Quebec legislation since that time.

Respondent wrote that his right of ownership was based on s. 41a. He submitted:

[TRANSLATION] Since section 41a. of the *Lands and Forests Act* clearly states that full ownership in favour of the public domain of Quebec has been the legal position of the reserve "from and after the 1st of June 1884", there is no need to refer to old statutes to determine the respective rights of the parties at the time the grant was made to appellant's predecessor in title in 1904.

Respondent further wrote:

[TRANSLATION] Section 41a. of the *Lands and Forests Act* in effect when the proceedings were brought was inserted in that Act by the *Wild-life Conservation Act* (chapter 58 of the 1969 Statutes), but with a slight modification actually replaced section 7 of the *Fisheries Act*, which was chapter 203 of the 1964 Revised Statutes;

In the 1964 general revision the provision relating to the three-chain reserve, namely section 7 of the *Fisheries Act* (chapter 203), read as follows:

"7. Sales and free grants of lands belonging to the Crown are and have been since the 1st of June, 1884, subject to a reserve, in full ownership by the Crown,

L'intimé soumet d'autre part que l'art. 2252 des Statuts refondus de 1909, tel que modifié par la *Loi de 1919*, est nettement déclaratoire et rétroactif au 1^{er} juin 1884 et que la *Loi de 1919* a un effet rétroactif.

L'intimé s'appuie enfin sur l'art. 41a. de la *Loi sur les terres et forêts*, ajouté par l'art. 83 de la *Loi de la conservation de la faune*, L.Q. 1969, chap. 58.

Le premier paragraphe de l'art. 41a. édicte:

41a. Depuis le 1^{er} juin 1884, les ventes, concessions et les octrois gratuits des terres publiques sont sujets à une réserve, en pleine propriété en faveur du domaine public du Québec, de trois chaînes en profondeur des terres bordant les rivières et les lacs non navigables du Québec.

On aura constaté que cet article est en somme une redite de l'art. 2252 des Statuts refondus de 1909 tel que modifié par la *Loi de 1919*. Ainsi que je l'ai déjà indiqué, on retrouve cet article dans la législation québécoise à un endroit ou à un autre depuis ce temps.

L'intimé écrit que son droit de propriété, il le puise dans l'art. 41a. Il soumet ceci:

Vu que cet article 41a. de la *Loi des terres et forêts* énonce clairement que la pleine propriété en faveur du domaine public du Québec est le régime juridique de la réserve «depuis le 1^{er} juin 1884», il n'y a pas lieu de recourir aux lois anciennes pour déterminer les droits respectifs des parties au moment de la concession consentie à l'auteur de l'appelant en 1904.

L'intimé écrit encore:

L'article 41a. de la *Loi des terres et forêts* en vigueur au moment de l'introduction des procédures avait été introduit dans cette loi par la *Loi de la conservation de la faune* (chapitre 58 des lois de 1969), mais remplaçait en fait avec une modification mineure l'article 7 de la *Loi de la Pêche*, qui était le chapitre 203 des Statuts refondus de 1964;

Lors de la refonte générale de 1964, la disposition relative à la réserve des trois chaînes, c'est-à-dire l'article 7 de la *Loi de la Pêche* (chapitre 203) se lisait comme suit:

"7. Depuis le 1^{er} juin 1884, les ventes, concessions et les octrois gratuits des terres de la couronne sont sujets à une réserve, en pleine propriété en faveur de

of three chains in depth of the lands bordering on non-navigable rivers and lakes in the Province.”

It should be noted that, like s. 41a. of the *Lands and Forests Act*, this provision creates a single legal position for the reserve affecting sales and free grants of public lands since 1884, namely “in full ownership by the public domain”.

“When a general revision is enacted, old legislation is repealed and it is the revision which becomes the applicable law, which is binding.”

(Pigeon, Louis-Philippe, *Rédaction et interprétation des lois*, Collection études juridiques, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 67)

Respondent added:

[TRANSLATION] Since the wording of this section clearly states the legal position of these grants, and there is no problem of interpretation, there is no justification for referring to old legislation to determine the intent of the legislator or the rights of appellant under the present Act.

In view of my conclusion on the scope of the 1919 Act from which s. 41a. of the *Lands and Forests Act* originates, it is not necessary to discuss respondent's argument based on the latter provision.

Though I realize that I may be avoiding the question which has been at the heart of the continuing controversy, and which has been most discussed by the many authors who have considered the matter, I nevertheless feel that the Court does not have to decide the question of whether the three-chain reserve for fishing purposes, as originally worded in the applicable legislation, gave the government a right of ownership or simply a fishing servitude.

In my view, the entire matter is settled by the 1919 Act.

However, I would add that if the point had to be decided, I would be of the same opinion as the Court of Appeal because of the characteristics associated with this reserve, in particular the fact that a right is conferred on the government to lease the property. The right of disposal, which includes the right to lease, is an attribute of ownership (C.C., art. 406). Otherwise the conclusion

la couronne, de trois chaînes en profondeur des terres bordant les rivières et les lacs non navigables de la province.»

Notons que ce texte, comme celui de l'article 41a. de la *Loi des terres et forêts*, n'énonce qu'un seul régime juridique pour la réserve affectant les ventes, concessions et les octrois gratuits des terres publiques depuis 1884, c'est-à-dire «en pleine propriété en faveur du domaine public.»

«Quand la refonte générale est proclamée, les lois anciennes sont abrogées et c'est la refonte qui est la loi en vigueur, c'est elle qui fait autorité.»

(Pigeon, Louis-Philippe, *Rédaction et interprétation des lois*, Collection Etudes juridiques, Editeur officiel du Québec, 1978, p. 67)

L'intimé ajoute:

Puisque la rédaction de cet article énonce clairement la situation juridique de ces concessions, et qu'il n'y a aucune difficulté d'interprétation, rien ne justifie de recourir aux textes anciens pour rechercher l'intention du législateur ou déterminer les droits de l'appelant en fonction de la loi actuelle.

Vu ma conclusion sur la portée de la *Loi de 1919* qui est à l'origine de l'art. 41a. de la *Loi des terres et forêts*, il n'est pas nécessaire de discuter du moyen de l'intimé fondé sur cette dernière disposition.

Conscient d'éviter peut-être la question qui a le plus animé la controverse qui a toujours cours, et dont ont le plus discuté les nombreux auteurs qui s'y sont penchés, je suis néanmoins d'avis qu'il n'est pas nécessaire de la décider, c'est-à-dire de décider si la réserve des trois chaînes, pour des fins de pêche, telle que formulée à l'origine dans les lois pertinentes, comportait pour le gouvernement un droit de propriété ou une simple servitude de pêche.

En effet, tout le débat est, à mon avis, réglé par la *Loi de 1919*.

J'ajouterai toutefois que s'il fallait en décider, je serais du même avis que la Cour d'appel à cause des caractéristiques dont est assortie cette réserve, notamment en ce qu'il est accordé au gouvernement le droit de la donner à bail. Le droit de disposer qui comprend le droit de donner à bail, est un attribut de la propriété (C.c., art. 406). Il faudrait autrement conclure que le gouvernement

would have to be that the government has the right to lease the property of another and to transfer exclusive possession of it to a third party. This is not inconceivable, but it would be to say the least unusual. Moreover, the *1899 Act* gives the occupant of land located immediately behind the three-chain reserve a right of passage over it. A servitude is a subdivision of the ownership. It is possible that the legislator chose to proceed in this way. However, it would be unusual to say the least for an owner to be granted a servitude over his own property. In short, I would concur in the opinion of the Court of Appeal on this point essentially for the following reasons given by Bisson J.A. at p. 587:

[TRANSLATION] From all of this I draw the following conclusions:

1. What is reserved by the Crown is a strip 198 feet deep.
2. The phrase "for fishing purposes" only indicates the purpose for which the Crown has reserved the three chains, ownership of which it has retained.
3. A person who was granted land between June 1, 1884 and March 17, 1919 would not acquire ownership of the 198-foot deep strip.

I come to these conclusions for the following reasons:

1. It would be impossible to reconcile a grant including ownership of the three-chain reserve with the following points:

(a) Under section 1383 of the 1899 Act, the lessee is the holder of the fishing lease.

Under subs. 4 of s. 1374a., *supra*, the lease is "the deed of lease of lands bordering on or enclosing non-navigable waters, for the purpose of . . . fishing . . .".

This lease is conferred by the Commissioner of Lands, Forests and Fisheries along non-navigable waters.

(b) The fact that the lessee's title confers on him "the right to take and retain exclusive possession of the lands therein described . . ." and "to prosecute in his own name any illegal possessor . . ." (s. 1383).

2. The 1899 Act gives the grantee of land a right of passage "to and from the water" to get to "lands immediately in rear of those leased" (final paragraph of 1383).

a le droit de donner à bail la propriété d'autrui et d'en attribuer la possession exclusive à un tiers. Ceci n'est pas impensable, mais ce serait pour le moins inusité. D'autre part la *Loi de 1899* accorde à l'occupant d'un terrain situé immédiatement derrière la réserve des trois chaînes, un droit de passage sur celle-ci. Une servitude est un démembrement de la propriété. Il n'est pas inconcevable que le législateur ait choisi de procéder de cette façon. Cependant, il serait pour le moins inusité qu'un propriétaire se voit accorder une servitude sur sa propriété. Bref, je partagerais l'avis de la Cour d'appel sur ce point essentiellement pour les motifs suivants exposés par le juge Bisson à la p. 587:

De tout ceci, je tire les conclusions suivantes:

1. Ce qui est réservé par la Couronne, c'est une bande de 198 pieds de profondeur.
2. L'expression «pour des fins de pêche» n'est qu'indicative de la fin pour laquelle la Couronne se réserve les trois chaînes dont elle conserve la propriété du fond.
3. Celui qui, entre le 1^{er} juin 1884 et le 17 mars 1919, se voyait concéder un terrain n'acquerrait pas la propriété de la bande de 198 pieds de profondeur.

J'en arrive à ces conclusions pour les motifs suivants:

1. Il serait impossible de concilier une concession emportant la propriété de la réserve des trois chaînes avec les éléments suivants:

a) Aux termes de l'article 1383 de la loi de 1899, le locataire est le titulaire du bail de pêche.

Or, suivant le paragraphe 4 de l'article 1374a précité, le bail c'est «le titre de location des terrains bordant ou renfermant des eaux non navigables, pour fins de pêche . . .».

Ce bail est conféré par le commissaire des terres, forêts et pêcheries, le long des eaux non navigables.

b) Le fait que le titre du locataire lui confère «le droit de prendre et de conserver la possession exclusive des terrains qui y sont décrits . . .» et «d'intenter en son propre nom toute action contre un possesseur illégal . . .» (art. 1383).

2. La loi de 1899 accorde au concessionnaire du terrain un droit de passage «en allant à l'eau et en revenant» pour aller aux «terres situées immédiatement en arrière des terrains donnés à bail» (dernier alinéa de 1383).

If the grantee of land had the ownership of the 198-foot strip, why would he be given a right of passage over land belonging to him? This would be contrary to the well-known legal principle that no one can have a servitude over his own property (499 C.C.)

3. If, under the third paragraph of section 1379 of the 1899 Act, lands *reserved* can be leased by the Commissioner, it is because the government has not divested itself of its ownership. Thus:

- (a) there was a reserve at the time of the sale or free grant of the lands;
- (b) that reserve consisted of three chains; and
- (c) the Crown remained owner: if it did not have this status, it would be legally impossible for the Crown to lease land which it no longer owned.

4. If we assume that the reserve was only an occupancy servitude benefiting the Crown, it is surprising to find that neither the 1899 Act nor the 1888 Act indicated the specifics, the respective rights of the parties, the duration and how this servient property was to be returned to the party which was its owner.

I now go back to the *1919 Act*.

For convenience's sake, I again reproduce s. 1 of the *1919 Act*:

1. Article 2252 of the Revised Statutes, 1909, is amended:

- a. By replacing the words: "for fishing purposes", in the third line thereof, by the words: "in full ownership by the Crown";

I also again reproduce s. 2252 of the Revised Statutes, 1909, as it read after the amendments mentioned:

2252. Sales and free grants of lands belonging to the Crown are and have been since the 1st of June, 1884, subject to a reserve, in full ownership by the Crown, of three chains in depth of the lands bordering on non-navigable rivers and lakes in the Province.

It is clear that the *1919 Act* contains no express provision making it retroactive or giving retroactive effect to the amendment made to s. 2252 of the Revised Statutes, 1909.

However, the legislator's intent can be deduced from the purpose of the legislation and the circum-

Or, si le concessionnaire du terrain avait la propriété de la bande de 198 pieds, pourquoi lui concéder un droit de passage sur un terrain qui lui appartient? Ce serait contraire au principe juridique bien connu que personne ne peut avoir de servitude sur son propre fond (499 C.C.).

3. Si, aux termes du troisième alinéa de l'article 1379 de la loi de 1899, les terres *réservées* peuvent être données à bail par le commissaire, c'est que l'Etat ne s'est pas départi de la propriété. En effet:

- a) il y a eu réserve lors de la vente ou de l'octroi gratuit des terres;
- b) cette réserve était constituée des trois chaînes; et
- c) La Couronne est restée propriétaire: à moins d'avoir cette qualité, il serait juridiquement impossible, pour la Couronne, de donner en location un terrain qui ne lui appartient plus.

4. Si on prend l'hypothèse que la réserve ne constituait qu'une servitude d'occupation au bénéfice de la Couronne, il est étonnant de constater que pas plus la législation de 1899 que celle de 1888 n'en déterminait les modalités, les droits respectifs des parties, la durée, le mode de retour de ce fond servant entre les mains de celui qui en aurait été le propriétaire.

Je reviens à la *Loi de 1919*.

Pour fins de commodité, je reproduis de nouveau l'art. 1 de la *Loi de 1919*:

1. L'article 2252 des Statuts refondus, 1909, est amendé:

- a. En remplaçant les mots «pour des fins de pêche», dans la troisième ligne, par les mots: «en pleine propriété en faveur de la couronne»;

Je reproduis de nouveau également l'art. 2252 des Statuts refondus de 1909 dans sa rédaction résultant des modifications édictées:

2252. Les ventes et octrois gratuits des terres de la couronne sont, et ont été depuis le 1^{er} juin 1884, sujets à une réserve, en pleine propriété en faveur de la couronne, de trois chaînes en profondeur des terres bordant les rivières et les lacs non navigables de la province.

Il est certain que la *Loi de 1919* ne contient aucune disposition expresse qui la rende rétroactive ou qui donne un effet rétroactif à la modification apportée à l'art. 2252 des Statuts refondus de 1909.

L'intention du législateur peut toutefois se dégager de l'objet poursuivi et des circonstances dans

stances in which it was adopted. It can also be manifested by the procedure employed by the legislator. Finally, it may be inferred from the only possible interpretation which is likely to make sense of it.

As Lord Hatherley L.C. wrote in *Pardo v. Bingham* (1869), L.R. 4 Ch. App. 735:

... we must look to the general scope and purview of the statute, and at the remedy sought to be applied, and consider what was the former state of the law, and what it was that the Legislature contemplated.

And in the passage cited above from *Upper Canada College v. Smith*, Duff J. wrote:

... that intention may be manifested by express language or may be ascertained from the necessary implications of the provisions of the statute, or the subject matter of the legislation or the circumstances in which it was passed may be of such a character as in themselves to rebut the presumption that it is intended only to be prospective in its operation.

When the *1919 Act* was adopted, the debate on the nature of the right deriving from the three-chain reserve "for fishing purposes" was in progress. Respondent wrote:

[TRANSLATION] For several years there has been a question as to the legal nature of this reserve: was it a right of ownership or simply a servitude? The Act did not say clearly, and this really made it necessary to proceed by analysing the various sections of the Act to determine what the legislator's intent was.

Two judgments of the Superior Court, *MacLaren* and *Patenaude*, had rejected the government's claim that it had reserved the right of ownership and held that the three-chain reserve was merely a fishing servitude. The legislator acted to confirm the government's right of ownership. He did this by amending the Act which created the reserve and which took effect as of June 1, 1884. The legislator did not alter the date. He simply substituted the words "in full ownership by the Crown" for the words "for fishing purposes", without any other change. In my view this suffices to indicate that it was the legislator's intent to clearly indicate the nature of this right *ab initio*. Otherwise, the same s. 2252 as amended would create two legal positions, one before 1919 and the other

lesquelles la législation est adoptée. Elle peut aussi être manifestée par la façon de procéder employée par le législateur. Elle peut enfin s'inférer de la seule interprétation possible qui soit susceptible de lui donner un sens.

Comme l'écrit le lord chancelier Hatherley dans *Pardo v. Bingham* (1869), L.R. 4 Ch. App. 735:

[TRADUCTION] ... nous devons considérer la portée et le champ d'application de la loi, le remède que le législateur cherchait à appliquer, l'état antérieur du droit et l'objectif du législateur.

Et le juge Duff dans l'extrait précité de *Upper Canada College v. Smith*, écrit:

[TRADUCTION] ... cette intention peut être manifeste ou peut ressortir des déductions nécessaires que comportent les dispositions de la loi ou de l'objet de la loi, ou les circonstances dans lesquelles elle a été adoptée peuvent être telles qu'en elles-mêmes elles réfutent la présomption selon laquelle la loi était destinée seulement à avoir une application pour l'avenir.

Lorsque cette *Loi de 1919* a été adoptée, le débat sur la nature du droit découlant de la réserve des trois chaînes «pour des fins de pêche» avait cours. L'intimé écrit:

Pendant plusieurs années on s'est demandé quelle était la nature juridique de cette réserve: s'agissait-il d'un droit de propriété, s'agissait-il d'une simple servitude? La loi ne le disait pas clairement, et il fallait véritablement procéder par analyse des différents articles de la loi pour rechercher quelle avait été l'intention du législateur.

Deux jugements de la Cour supérieure, *MacLaren* et *Patenaude* avaient écarté la prétention du gouvernement selon laquelle il avait conservé son droit de propriété et décidaient que la réserve des trois chaînes n'était qu'une servitude de pêche. Le législateur intervient pour affirmer le droit de propriété de l'État. Il y procède en modifiant la loi qui établit cette réserve et qui a effet depuis le 1^{er} juin 1884. Le législateur ne modifie pas la date. Il y substitue simplement les mots «en pleine propriété en faveur de la couronne» aux mots «pour des fins de pêche», sans aucune autre modification. Ces indices suffisent, à mon avis, pour démontrer l'intention du législateur de déclarer sans équivoque la nature de ce droit *ab initio*. Il résulterait autrement du même art. 2252, tel que modifié,

after. There is nothing in the *1919 Act* to indicate such an intent. Respondent submitted the following:

[TRANSLATION] However, for a proper understanding of the meaning of this amendment one must look at the time immediately after it was adopted.

If the words "in full ownership by the Crown" were only to apply for the future, the wording would have no meaning immediately after the amendment came into effect, since the legal situation it appeared to be describing in clear terms was contrary to that of *all the existing grants*.

Why would the legislator keep the 1884 date in the provision which was the subject of the amendment in connection with the grant in full ownership and thereby grossly mislead the unwary reader?

Accordingly, the only possible conclusion must be that, as amended, s. 2252 is declaratory, since in it the legislator clearly states an intent to give this reserve the legal status of "full ownership" from June 1, 1884.

Adopting the theory of two systems, a fishing servitude only between June 1, 1884 and March 17, 1919 and full ownership after the latter date, would be making a distinction which the Act does not make. The *1919 Act* would have otherwise accomplished very little. The dispute which the legislator sought to resolve centered on the nature of the right conferred by the three-chain reserve during the period prior to 1919. He would not have to proceed as he did if he had future grants only in mind. In my opinion the purpose of the *1919 Act* was to resolve the debate, to declare unambiguously that the government's right was one of full ownership and that this was true from the time the three-chain reserve was created on June 1, 1884.

For these reasons I would dismiss the appeal, but without costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Gendreau, Pelletier & Associés, Rimouski.

Solicitors for the respondent: Jolin, Boucher & Sheehan, Québec; Stein, Monast, Pratte & Marseille, Québec.

deux régimes, l'un avant 1919, l'autre après. Rien dans cette *Loi de 1919* me paraît manifester une telle intention. L'intimé soumet ce qui suit:

Cependant, pour une juste interprétation du sens de cet amendement, il faut se reporter au moment suivant immédiatement son adoption.

Si les mots «en pleine propriété en faveur de la Couronne» ne devaient avoir de portée que pour l'avenir, ce texte, immédiatement après l'entrée en vigueur de l'amendement, ne faisait aucun sens puisque la situation juridique qu'il semblait décrire de façon limpide était contraire à celle de *toutes les concessions existantes*.

Pourquoi le législateur maintenait-il, dans le texte qui faisait l'objet de l'amendement, la date de 1884 en regard de la concession en pleine propriété de façon à tromper si grossièrement le lecteur non avisé?

On ne peut donc que constater que l'article 2252, tel qu'amendé, est déclaratoire, puisque le législateur y exprime, de façon non équivoque, l'intention de reconnaître à cette réserve le statut juridique de «pleine propriété» depuis le 1^{er} juin 1884.

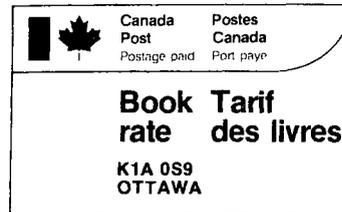
Adopter la théorie de deux régimes, servitude de pêche seulement entre le 1^{er} juin 1884 et le 17 mars 1919, et pleine propriété depuis cette dernière date, serait faire une distinction que la loi ne fait pas. Cette *Loi de 1919* aurait autrement accompli bien peu de choses. C'est sur la nature du droit conféré par la réserve des trois chaînes durant la période antérieure à 1919 que portait la controverse que le législateur entend trancher. Il n'avait pas à procéder de la façon qu'il l'a fait s'il n'avait en vue que les concessions futures. Je suis d'avis que la *Loi de 1919* vise à clore le débat, à déclarer sans équivoque que le droit de l'Etat est la pleine propriété et cela depuis l'imposition de la réserve des trois chaînes le 1^{er} juin 1884.

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi, mais sans frais.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Gendreau, Pelletier & Associés, Rimouski.

Procureurs de l'intimé: Jolin, Boucher & Sheehan, Québec; Stein, Monast, Pratte & Marseille, Québec.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1987 Vol. 1

2^e cahier, 1987 Vol. 1

Cited as [1987] 1 S.C.R. 181-312

Renvoi [1987] 1 R.C.S. 181-312

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

Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1987.

CONTENTS

Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission) 181

Administrative law — Boards and tribunals — Restricted Trade Practices Commission — Investigatory hearing — Rights of parties and witnesses — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 8(b), 17(1), 20(1).

Quebec (Office de la construction) v. Larochelle 241

Labour law — Construction industry — Regulation on placement of employees — Employee charged with working on site without classification certificate — Arguments made by employee asking that Regulation be found *ultra vires* dismissed — Regulation No. 5 on the Placement of Employees in the Construction Industry, (1977) 109 O.G. 5581 (No. 43, 26/10/77), s. 2.01.

Administrative law — Regulations — Validity — Employee charged with working on site without classification certificate — Whether the Regulation on the Placement of Employees in the Construction Industry valid — Regulation No. 5 on the Placement of Employees in the Construction Industry, (1977) 109 O.G. 5581 (No. 43, 26/10/77), s. 2.01.

R. v. Collins 265

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Drug search — Woman searched by police in violent manner — Heroin discovered — Reasons for suspecting woman not introduced at trial because unfounded objection that hearsay — Whether or not unreasonable search and seizure — Whether or

Continued on next page

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

Arrêtière en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1987.

SOMMAIRE

Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives) 181

Droit administratif — Commissions et tribunaux administratifs — Commission sur les pratiques restrictives du commerce — Procédure d'enquête — Droits des parties et des témoins — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 8b), 17(1), 20(1).

Québec (Office de la construction) c. Larochelle 241

Droit du travail — Industrie de la construction — Règlement relatif au placement des salariés — Salarié accusé d'avoir travaillé sur un chantier sans avoir obtenu un certificat de classification — Rejet des arguments présentés par le salarié pour faire déclarer le règlement *ultra vires* — Règlement numéro 5 relatif au placement des salariés dans l'industrie de la construction, (1977) 109 G.O. 5581 (n° 43, 26/10/77), art. 2.01.

Droit administratif — Règlements — Validité — Salarié accusé d'avoir travaillé sur un chantier de construction sans avoir obtenu un certificat de classification — Validité du règlement relatif au placement des salariés dans l'industrie de la construction — Règlement numéro 5 relatif au placement des salariés dans l'industrie de la construction, (1977) 109 G.O. 5581 (n° 43, 26/10/77), art. 2.01.

R. c. Collins 265

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Fouille en vue de découvrir des stupéfiants — Policier usant de force pour fouiller une femme — Découverte d'héroïne —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

not evidence of heroin inadmissible because bringing administration of justice into disrepute — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(1) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(1), (2).

Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Drug search — Doubt as to reasonableness of search — Whether admission into evidence of seized heroin bringing administration of justice into disrepute.

R. v. Hamill 301

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Illicit drugs found during search of apartment under writ of assistance — Writs of assistance alleged to be unconstitutional and search therefore alleged to be unreasonable and contrary to the Charter — Whether or not admitting evidence of illicit drugs would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(2) — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(1)(a), (2), (3).

Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Drug search pursuant to writ of assistance — Writs of assistance alleged to be inconsistent with Charter — Whether or not admitting evidence of those drugs would bring administration of justice into disrepute.

R. v. Labrosse 310

Criminal law — Fortune telling — Defence of honest belief — No basis for accused's that she had special powers to predict future — Defence of honest belief not open on the facts of this case — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 323(b).

R. v. Lacroix 244

Criminal law — Procedure — Refusal to testify at preliminary hearing of another accused — Charged with obstructing justice and committed — Application for *certiorari* to set aside committal dismissed — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 472.

R. v. Sieben 295

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Illicit drugs found during search of apartment under writ of assistance — Writs of assistance alleged to be unconstitutional and search therefore alleged to be unreasonable and contrary to the Charter — Whether or not admission of evidence of illicit drugs would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(2) — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 10(1)(a), (2), (3).

Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Drug search pursuant to writ of assistance — Writs of assistance alleged to be inconsistent with the Charter — Whether or not admitting evidence of drugs would bring administration of justice into disrepute.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Non-production au procès des motifs de soupçons contre la femme à cause de l'objection non fondée qu'ils constituaient du oui-dire — S'agit-il d'une fouille abusive? — La preuve relative à l'héroïne est-elle inadmissible parce que son utilisation déconsidérerait l'administration de la justice? — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(1) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(1), (2).

Preuve — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Fouille en vue de découvrir des stupéfiants — Doubte quant au caractère abusif de la fouille — L'utilisation en preuve de l'héroïne saisie déconsidérerait-elle l'administration de la justice?

R. c. Hamill 301

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Découverte de stupéfiants illicites au cours d'une perquisition dans un appartement en vertu d'un mandat de main-forte — Allégation d'inconstitutionnalité des mandats de main-forte et donc de perquisition abusive et contraire à la Charte — L'utilisation de la preuve relative aux stupéfiants illicites est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(2) — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(1)a), (2), (3).

Preuve — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisition pour trouver des stupéfiants en vertu d'un mandat de main-forte — Allégation d'incompatibilité des mandats de main-forte avec la Charte — L'utilisation de la preuve relative à ces stupéfiants est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

R. c. Labrosse 310

Droit criminel — Dire la bonne aventure — Défense de croyance honnête — Aucun fondement à la prétention de l'accusée qu'elle avait des pouvoirs spéciaux de prescience — Pas de recours possible à la défense de croyance honnête vu les faits — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 323b).

R. c. Lacroix 244

Droit criminel — Procédure — Refus de témoigner à l'enquête préliminaire d'un autre accusé — Accusation d'entrave à la justice et renvoi à procès — Rejet de la requête en *certiorari* pour casser le renvoi au procès — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 472.

R. c. Sieben 295

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Découverte de stupéfiants illicites au cours d'une perquisition dans un appartement en vertu d'un mandat de main-forte — Allégation d'inconstitutionnalité des mandats de main-forte et donc de perquisition abusive et contraire à la Charte — L'utilisation de la preuve relative aux stupéfiants illicites est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(2) —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Wigman 246

Criminal law — *Kienapple* principle — Accused convicted of breaking and entering and committing robbery, and of attempted murder — Offences arising out of the same incident — Whether rule against multiple convictions applicable to preclude conviction of attempted murder.

Criminal law — Charge to jury — *Mens rea* — Attempted murder — Trial judge's charge relating to the required intent for attempted murder in accordance with the interpretation given by the Supreme Court of Canada in *Lajoie* — Supreme Court changing in *Ancio* its interpretation on the requisite mental element for a conviction for attempted murder — *Ancio* decision rendered after accused was granted leave to appeal at large to the Supreme Court of Canada — Whether accused entitled to benefit from the new interpretation of the Criminal Code given in *Ancio* — Scope of leave to appeal — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 212(a), 618(1)(b).

Criminal law — Appeal from conviction — Error in trial judge's charge to jury concerning the necessary intent for a conviction for attempted murder — Appeal against conviction for attempted murder dismissed and conviction for an included offence substituted — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 228(b), 613(1)(b)(i), (iii), (3).

SOMMAIRE (Fin)

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(1)a), (2), (3).

Preuve — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisition pour trouver des stupéfiants en vertu d'un mandat de main-forte — Allégation d'incompatibilité des mandats de main-forte avec la Charte — L'utilisation de la preuve relative à ces stupéfiants est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

R. c. Wigman 246

Droit criminel — Principe de l'arrêt *Kienapple* — Déclarations de culpabilité d'introduction par effraction et de vol qualifié, ainsi que de tentative de meurtre — Infractions découlant du même incident — La règle contre les déclarations de culpabilité multiples s'applique-t-elle pour empêcher la déclaration de culpabilité de tentative de meurtre?

Droit criminel — Exposé au jury — *Mens rea* — Tentative de meurtre — Exposé du juge du procès relativement à l'intention requise pour la tentative de meurtre conforme à l'interprétation donnée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lajoie* — Cour suprême modifie dans l'arrêt *Ancio* son interprétation de l'élément moral requis pour une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre — L'arrêt *Ancio* rendu après que l'accusé eut obtenu une autorisation générale de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada — L'accusé peut-il bénéficier de la nouvelle interprétation du Code criminel donnée dans *Ancio*? — Portée de l'autorisation de pourvoi — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 212a), 618(1)b).

Droit criminel — Appel d'une déclaration de culpabilité — Erreur dans l'exposé du juge au jury concernant l'intention nécessaire pour une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre — Pourvoi contre la déclaration de culpabilité de tentative de meurtre rejeté mais substitution d'une déclaration de culpabilité d'une infraction comprise — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 228b), 613(1)b)(i), (iii), (3).



IN THE MATTER OF an Application under Section 18 of the *Federal Court Act*; AND IN THE MATTER OF the *Combines Investigation Act* and section 32 thereof; AND IN THE MATTER OF an Inquiry relating to the production, manufacture, purchase, sale and supply of flat rolled steel, plate steel, bar and structural steel and related products; AND IN THE MATTER OF decisions, orders or rulings made by Mr. H. H. Griffin

Harold Irvine, Namasco Limited, Charles Ian McKay, Drummond McCall Inc., Samuel, Son & Co. Limited, W. Grant Brayley, Westeel-Rosco Limited, York Russel Inc., L. F. Newbery, Norman Katzman, John M. White, Leon Robidoux, Timothy H. Coughlin, Newman Steel Ltd., Benjamin P. R. Newman, Sigmund R. Taube, Zenon P. Karcz, Peter R. Sheppard, Lorne Gilbert Coons, James Arthur Jobin, Donald Charles Grinstead, Hugh Fitzgerald Thomson, William Alexander Mowat and Bruce Scott Moore *Appellants*

and

The Restrictive Trade Practices Commission, the Director of Investigation and Research Appointed under the *Combines Investigation Act* and Mr. H. H. Griffin *Respondents*

INDEXED AS: IRVINE v. CANADA (RESTRICTIVE TRADE PRACTICES COMMISSION)

File No.: 16950.

1984: October 25, 26; 1987: March 26.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Boards and tribunals — Restricted Trade Practices Commission — Investigatory hearing — Rights of parties and witnesses — Com-

* Chouinard J. took no part in the judgment.

DANS L'AFFAIRE D'une requête fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*; ET DANS L'AFFAIRE DE la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et son article 32; ^a ET DANS L'AFFAIRE D'une enquête relative à la production, à la fabrication, à l'achat, à la vente et à la fourniture d'acier laminé, d'acier en plaques, d'acier en barres et d'acier de construction et d'autres produits connexes; ^b ET DANS L'AFFAIRE DE certaines décisions ou ordonnances de M. H. H. Griffin

Harold Irvine, Namasco Limited, Charles Ian McKay, Drummond McCall Inc., Samuel, Son & Co. Limited, W. Grant Brayley, Westeel-Rosco Limited, York Russel Inc., L. F. Newbery, Norman Katzman, John M. White, Leon Robidoux, Timothy H. Coughlin, Newman Steel Ltd., Benjamin P. R. Newman, Sigmund R. Taube, Zenon P. Karcz, Peter R. Sheppard, Lorne Gilbert Coons, James Arthur Jobin, Donald Charles Grinstead, Hugh Fitzgerald Thomson, William Alexander Mowat et Bruce Scott Moore *Appellants*

et

^f **La Commission sur les pratiques restrictives du commerce, le directeur des enquêtes et recherches, nommé aux termes de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, et M. H. H. Griffin *Intimés***

RÉPERTORIÉ: IRVINE c. CANADA (COMMISSION SUR LES PRATIQUES RESTRICTIVES DU COMMERCE)

N° du greffe: 16950.

1984: 25, 26 octobre; 1987: 26 mars.

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

ⁱ EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

^j *Droit administratif — Commissions et tribunaux administratifs — Commission sur les pratiques restrictives du commerce — Procédure d'enquête — Droits*

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

bines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 8(b), 17(1), 20(1).

The Restrictive Trade Practices Commission ordered twenty-nine persons to appear before the Chairman or person named by him and later made an order appointing a Hearing Officer to examine these witnesses. The hearings were part of an *in camera* fact-finding exercise. The Hearing Officer made a number of rulings concerning the conduct of the hearing and the role of counsel. He did not allow cross-examination and excluded a potential witness and excused another, Kirch, from testifying, and he found that the Director need not disclose his "reasonable and probable grounds" for commencing the inquiry. When it became known that the Hearing Officer was not a Commissioner, one of the parties requested an adjournment in order to apply to a member of the Commission for an order for representation by counsel pursuant to s. 20. This adjournment was denied. The witnesses and the parties whose conduct was under investigation then launched a notice in the Federal Court Trial Division, pursuant to s. 18, to set aside the proceedings before the Hearing Officer for want of authority on his part and in particular because of these rulings. The trial judge quashed the refusal (1) to permit the parties under investigation and witnesses, where represented by counsel, to be present throughout the whole of the examinations; and (2) to permit counsel to cross-examine or re-examine their clients without restriction or to cross-examine other witnesses. All issues were placed, by appeal and cross-appeal, before the Federal Court of Appeal. The order of the Trial Division quashing the orders of the Hearing Officer was set aside but its refusal to require Kirch to testify or to order the Commission's counsel to give the objective cause of the inquiry was confirmed. At issue was the validity of the inquiry absent any demonstration by the Director of his reasons for believing an offence against the Act had been committed, the extent and role of counsel permitted under s. 20 of the Act, and the role and function of the Hearing Officer, the Director and counsel representing other parties with respect to the examination of Kirch.

Held: The appeal should be dismissed.

des parties et des témoins — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 8b), 17(1), 20(1).

a La Commission sur les pratiques restrictives du commerce avait assigné vingt-neuf témoins à comparaître devant son président ou la personne désigné par celui-ci, puis avait ultérieurement, par ordonnance, nommé un officier enquêteur pour interroger ces témoins. Ces auditions faisaient partie d'un exercice de recherche des faits se déroulant à huis clos. L'officier enquêteur a rendu un certain nombre de décisions concernant le déroulement de l'audience et le rôle des avocats. Il n'a pas permis qu'on procède à un contre-interrogatoire, il a exclu un témoin potentiel, il a dispensé un autre, M. Kirch, de l'obligation de témoigner et il a jugé que le directeur n'avait pas à révéler ses « motifs raisonnables et probables » d'ouvrir une enquête. Lorsqu'on a découvert que l'officier enquêteur n'était pas un membre de la Commission, l'une des parties a demandé un ajournement afin de pouvoir demander à un membre de la Commission de rendre, conformément à l'art. 20, une ordonnance l'autorisant à être représentée par un avocat. L'ajournement a été refusé. Les témoins et les parties dont la conduite faisait l'objet de l'enquête ont alors déposé un avis de requête en Cour fédérale, Division de première instance, conformément à l'art. 18, afin d'obtenir l'annulation des procédures devant l'officier enquêteur pour cause d'absence de compétence de sa part et, notamment, en raison de ces décisions. Le juge de première instance a annulé le refus (1) de permettre aux parties faisant l'objet de l'enquête et aux témoins, représentés par un avocat, d'être présents pendant toute la durée des interrogatoires, et (2) de permettre aux avocats d'interroger ou de réinterroger leurs propres clients, sans restriction, ou de contre-interroger d'autres témoins. La Cour d'appel fédérale a été saisie de tous ces points litigieux, par voie d'appel et d'appel incident. L'ordonnance de la Division de première instance qui annulait les ordonnances de l'officier enquêteur a été annulée, mais son refus d'obliger Kirch à témoigner ou d'ordonner à l'avocat de la Commission de révéler les motifs objectifs de l'enquête, a été confirmé. Ce qui est en cause, c'est la validité de l'enquête, en l'absence de toute démonstration par le directeur de ses raisons de croire qu'une infraction à la Loi a été commise, l'étendue du rôle que joue l'avocat autorisé en vertu de l'art. 20 de la Loi, et les rôle et fonction de l'officier enquêteur, du directeur et des avocats qui représentent les autres parties pour ce qui est de l'interrogatoire de Kirch.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Appellants, at this stage of the investigatory process, are not entitled to an order quashing the inquiry because of the Director's failure to disclose to those being examined, pursuant to s. 17, his reasons for believing the existence of one or more conditions in s. 8(b). There is no linkage in the statute between ss. 8 and 17. Both are silent on the issue of disclosure and neither prescribes disclosure by the Director. The pattern set by the statute does not confine the activities of the Director to an inquiry in the formal sense. It is reasonable to construe the provision establishing an investigatory process as requiring nothing more of the Director than that he disclose the basis for his investigation when he seeks to invoke the coercive provisions of the Act.

Neither s. 20(1) of the Act nor the doctrine of fairness provides the appellants with a right to cross-examine witnesses at the inquiry. Fairness is a flexible concept whose content varies depending on the nature of the inquiry and the consequences for the individuals involved. The extent of the right to counsel and the role of counsel, where counsel are authorized by statute, are determined by the characteristics of the proceeding, the nature of the resulting report and its circulation to the public, and the penalties which will result when events succeeding the report are put in train. The investigating body must control its own procedure. When the body has determinative powers, however, different considerations enter the process. The Act provides that the case against the investigated must be made known to him at each of the progressive stages of the inquiry.

It was premature in fact and under the Act to argue that the consequential impact of the reduced scope of counsel activity allowed by the Hearing Officer would result in a loss of reputation, exposure to criminal prosecution, reduction of freedom to compete with others because of loss of tariff protection and the exposure to adverse action by other federal agencies. The Hearing Officer could not bring about these results.

The proceedings were not at the stage where it was necessary to look at the procedure in its setting and to ask whether it operated unfairly to the point where the courts must supply the legislative omission. It was sufficient that the Hearing Officer allowed all parties to be represented by counsel who could object to improper questioning and re-examine their clients. The courts, which are inclined not to intervene where the process is

Les appelants n'ont pas droit, à ce stade de la procédure d'enquête, à une ordonnance annulant l'enquête en raison de l'omission de la part du directeur de divulguer, à ceux qui sont interrogés conformément à l'art. 17, les motifs qu'il a de croire à l'existence de l'une ou de plusieurs des conditions prévues à l'al. 8b). Il n'y a pas de rapport dans la Loi entre les art. 8 et 17. Les deux ne disent rien sur la question de la divulgation et aucun prescrit une divulgation par le directeur. L'économie de la Loi ne confine nullement les activités du directeur à une enquête au sens formel. Il est raisonnable d'interpréter la disposition qui établit la procédure d'enquête comme ne requérant du directeur rien de plus que la divulgation du fondement de son enquête lorsqu'il cherche à recourir aux mesures de contrainte prévues par la Loi.

Ni le par. 20(1) de la Loi ni le principe de l'équité ne confèrent aux appelants le droit de contre-interroger les témoins à l'enquête. L'équité est une notion souple et son contenu varie selon la nature de l'enquête et les conséquences qu'elle peut avoir pour les individus en cause. Les caractéristiques de la procédure, la nature du rapport qui en résulte et sa diffusion publique, et les sanctions qui s'ensuivront lorsque les événements qui suivent le rapport seront enclenchés, détermineront l'étendue du droit à l'assistance d'un avocat et, lorsqu'un avocat est autorisé par la Loi, le rôle de cet avocat. L'organisme d'enquête doit être maître de sa propre procédure. Toutefois, lorsque cet organisme détient des pouvoirs décisionnels, des considérations différentes entrent en scène. La Loi prévoit que la preuve qui pèse contre la personne qui fait l'objet de l'enquête doit lui être communiquée à chacun des différents stades de l'enquête.

Il était prématuré, tant en fait qu'en vertu de la Loi, de soutenir que la limitation des activités des avocats autorisées par l'officier enquêteur aurait un effet qui se traduirait par des dommages à la réputation, le risque de poursuites au criminel, la réduction de la liberté de faire concurrence aux autres en raison de la perte de la protection des tarifs douaniers, et l'exposition à une action préjudiciable de la part d'autres organismes fédéraux. L'officier enquêteur pouvait éviter que cela n'arrive.

Cette instance n'avait pas atteint le stade où il était nécessaire de considérer la procédure dans son contexte et de se demander si elle n'était pas inéquitable au point où les tribunaux se doivent de suppléer à l'omission du législateur. Il suffisait que l'officier enquêteur autorise toutes les parties à être représentées par des avocats en mesure de s'opposer aux irrégularités de l'interrogatoire et de réinterroger leurs clients. Les tribunaux, qui ne

in embryonic form engaged in gathering raw evidence, become more "interventionist" where the investigating body has powers to determine.

The Hearing Officer had the discretion to exclude a potential witness from the hearing. The proceeding was not a trial where a corporation might need an employee to assist its counsel. No such right attaches to a purely investigatory process, particularly in the preliminary stage of an elaborate statutory structure where the corporation is represented by counsel.

This Court had no legal basis to respond to the application for mandamus aimed at compelling either the Hearing Officer or the Director to obtain testimony from Kirch. The Act authorized a Commissioner to appoint "any other person" before whom a person was to appear and be examined. The Hearing Officer had no statutory duty other than to preside over the witness named in the order and he was present and ready to do so. There was no basis upon which mandamus could be directed against the Director because nothing in the record or in the allegations and submissions of any party indicated that the Director had rendered himself incapable of fulfilling any other duty arising under the Act because of his not examining Kirch. No case or submission called for mandamus to be issued against the Chairman or any member of the Commission.

The Court did not address the impact of the *Charter* on ss. 17 and 20(1) of the Act because no oral argument had been presented after the denial of an application under Rule 32 of the *Supreme Court Rules* for the stating of a question as to constitutional validity. The *Charter*, furthermore, did not apply to the facts of this case because all rulings of the Hearing Officer being challenged were made before the *Charter* come into force.

Cases Cited

Considered: *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *St. John v. Fraser*, [1935] S.C.R. 441; *Guay v. Lafleur*, [1965] S.C.R. 12; *In re Pergamon Press Ltd.*, [1971] Ch. 388; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12; *Hannah v. Larche*, 363 U.S. 420 (1959); *Jenkins v. McKeithen*, 395 U.S. 411 (1969); *F.C.C. v. Schreiber*, 329 F.2d 517 (1964); **referred to:** *Re Armstrong Commercial Investigators of*

sont pas enclins à intervenir lorsque le processus, à l'état embryonnaire, consiste à réunir des éléments de preuve bruts, se font plus «interventionnistes» lorsque l'organisme qui procède à l'enquête dispose de pouvoirs de statuer.

L'officier enquêteur avait le pouvoir discrétionnaire d'exclure un témoin potentiel de l'audience. L'instance n'était pas un procès où il pourrait être nécessaire qu'un employé de la personne morale vienne en aide à l'avocat qui la représente. Aucun droit de ce genre ne se rattache à un simple processus d'enquête, particulièrement au stade préliminaire d'une structure légale complexe, alors que la personne morale est représentée par un avocat.

Il n'y a aucun fondement juridique qui permette à la Cour de donner suite à la demande de *mandamus* visant à forcer l'officier enquêteur ou le directeur à interroger Kirch. La Loi autorise un membre de la Commission à désigner «toute autre personne» devant qui une personne devra comparaître et être interrogée. L'officier enquêteur n'avait d'autre obligation légale que celle de présider à l'interrogatoire du témoin désigné par l'ordonnance, et il était présent et disposé à le faire. Il n'y a aucun motif justifiant de décerner un bref de *mandamus* contre le directeur, car rien dans le dossier ni dans les allégations ou les plaidoiries des parties n'indique que le directeur s'est rendu incapable de remplir toute autre obligation que lui impose la Loi par suite de son refus d'interroger Kirch. Aucune preuve ni aucun argument n'ont été avancés à l'appui d'un bref de *mandamus* contre le président ou quelque autre membre de la Commission.

La Cour n'aborde pas la question de l'effet de la *Charte* sur l'art. 17 et le par. 20(1) de la Loi, puisque aucun argument oral n'a été soumis à ce sujet après le rejet de la requête, fondée sur l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême* et visant à obtenir une ordonnance énonçant une question relative à leur constitutionnalité. En outre, la *Charte* ne s'applique pas aux faits de l'espèce parce que toutes les décisions contestées de l'officier enquêteur ont été prononcées avant son entrée en vigueur.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *St. John v. Fraser*, [1935] R.C.S. 441; *Guay v. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12; *In re Pergamon Press Ltd.*, [1971] Ch. 388; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12; *Hannah v. Larche*, 363 U.S. 420 (1959); *Jenkins v. McKeithen*, 395 U.S. 411 (1969); *F.C.C. v. Schreiber*, 329 F.2d 517 (1964); **arrêts mentionnés:** *Re Armstrong Commercial Investi-*

Canada Ltd. and Turner (1975), 9 O.R. (2d) 284; *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729; *Point of Ayer Collieries, Ltd. v. Lloyd-George*, [1943] 2 All E.R. 546; *Godson v. City of Toronto* (1890), 18 S.C.R. 36; *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179; *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120; *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1922] 1 A.C. 202; *Saulnier v. Quebec Police Commission*, [1976] 1 S.C.R. 572; *Martineau v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board (No. 1)*, [1978] 1 S.C.R. 118; *Re Nanticoke Ratepayers Association and Environmental Assessment Board* (1978), 83 D.L.R. (3d) 722; *Re McGavin Toastmaster Ltd. and Powlowski* (1972), 31 D.L.R. (3d) 370, and (1973), 37 D.L.R. (3d) 100 (Man. C.A.); *Ryan v. Board of Inquiry under the Human Rights Act* (1976), 22 N.S.R. (2d) 444; *Desjardins v. Bouchard* (1976), 71 D.L.R. (3d) 491; *Chisholm v. Jamieson*, [1974] 6 W.W.R. 169; *Re Sedlmayr, Gardiner and Demay and the Royal Commission into the Activities of Royal American Shows Inc.* (1978), 82 D.L.R. (3d) 161; *Re Underwood McLellan & Associates Ltd. and Association of Professional Engineers of Saskatchewan* (1978), 86 D.L.R. (3d) 501, reversed on other grounds (1979), 103 D.L.R. (3d) 268; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373; *Pearlberg v. Varty*, [1972] 1 W.L.R. 534; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of the Township of Vespra*, [1981] 2 S.C.R. 145; *Re Abel and Advisory Review Board* (1980), 119 D.L.R. (3d) 101; *Bushnell v. Secretary of State for the Environment*, [1980] 2 All E.R. 608; *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] 3 All E.R. 201; *Re Royal Commission on Thomas Case*, [1980] 1 N.Z.L.R. 602; *Re Boehler and College of Nurses of Ontario* (1982), 133 D.L.R. (3d) 642; *Re Seaway Trust Co. and The Queen in Right of Ontario (No. 2)* (1983), 143 D.L.R. (3d) 252; *Fraternité inter-provinciale des ouvriers en électricité c. Office de la construction du Québec*, [1983] C.A. 7, 148 D.L.R. (3d) 626; *Jones v. S.E.C.*, 298 U.S. 1 (1936); *In re Groban*, 352 U.S. 330 (1957); *Anonymous No. 6 v. Baker*, 360 U.S. 287 (1959); *Genuine Paris Co. v. F.T.C.*, 445 F.2d 1382 (1971); *Sneaker Circus Inc. v. Carter*, 457 F.Supp. 771 (1978), aff'd 614 F.2d 1290 (1979); *Georator Corp. v. Equal Employment Opportunity Commission*, 592 F.2d 765 (1979); *Re The Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley and McDermott*, [1962] O.R. 872; *Public Inquiries Act and Shulman, Re*, [1967] 2 O.R. 375; *Re Children's Aid Society of the County of York*, [1934] O.W.N. 418; *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465; *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *R. v. McDonald, Ex parte Whitelaw* (1968), 2 D.L.R. (3d) 298; *Wiseman v. Borneman*, [1971] A.C. 284; *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729; *Point of Ayer Collieries, Ltd. v. Lloyd-George*, [1943] 2 All E.R. 546; *Godson v. City of Toronto* (1890), 18 R.C.S. 36; *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179; *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120; *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1922] 1 A.C. 202; *Saulnier c. Commission de police du Québec*, [1976] 1 R.C.S. 572; *Martineau c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui (n° 1)*, [1978] 1 R.C.S. 118; *Re Nanticoke Ratepayers Association and Environmental Assessment Board* (1978), 83 D.L.R. (3d) 722; *Re McGavin Toastmaster Ltd. and Powlowski* (1972), 31 D.L.R. (3d) 370 et (1973), 37 D.L.R. (3d) 100 (C.A. Man.); *Ryan v. Board of Inquiry under the Human Rights Act* (1976), 22 N.S.R. (2d) 444; *Desjardins v. Bouchard* (1976), 71 D.L.R. (3d) 491; *Chisholm v. Jamieson*, [1974] 6 W.W.R. 169; *Re Sedlmayr, Gardiner and Demay and the Royal Commission into the Activities of Royal American Shows Inc.* (1978), 82 D.L.R. (3d) 161; *Re Underwood McLellan & Associates Ltd. and Association of Professional Engineers of Saskatchewan* (1978), 86 D.L.R. (3d) 501, infirmé pour d'autres motifs (1979), 103 D.L.R. (3d) 268; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373; *Pearlberg v. Vary*, [1972] 1 W.L.R. 534; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145; *Re Abel and Advisory Review Board* (1980), 119 D.L.R. (3d) 101; *Bushnell v. Secretary of State for the Environment*, [1980] 2 All E.R. 608; *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] 3 All E.R. 201; *Re Royal Commission on Thomas Case*, [1980] 1 N.Z.L.R. 602; *Re Boehler and College of Nurses of Ontario* (1982), 133 D.L.R. (3d) 642; *Re Seaway Trust Co. and The Queen in Right of Ontario (No. 2)* (1983), 143 D.L.R. (3d) 252; *Fraternité inter-provinciale des ouvriers en électricité c. Office de la construction du Québec*, [1983] C.A. 7, 148 D.L.R. (3d) 626; *Jones v. S.E.C.*, 298 U.S. 1 (1936); *In re Groban*, 352 U.S. 330 (1957); *Anonymous No. 6 v. Baker*, 360 U.S. 287 (1959); *Genuine Parts Co. v. F.T.C.*, 445 F.2d 1382 (1971); *Sneaker Circus Inc. v. Carter*, 457 F.Supp. 771 (1978), conf. 614 F.2d 1290 (1979); *Georator Corp. v. Equal Employment Opportunity Commission*, 592 F.2d 765 (1979); *Re The Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley and McDermott*, [1962] O.R. 872; *Public Inquiries Act and Shulman, Re*, [1967] 2 O.R. 375; *Re Children's Aid Society of the County of York*, [1934] O.W.N. 418; *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465; *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *R. v. McDonald, Ex parte Whitelaw* (1968), 2 D.L.R. (3d) 298; *Wiseman v. Borneman*, [1971] A.C.

297; *Barnes v. City of London Real Property Co.*, [1918] 2 Ch. 18.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Procedure Act, 5 U.S.C.A., s. 555(b).
Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.
Collection Agencies Act, R.S.O. 1980, c. 73.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 7, 8(b), (c), 9, 10, 11, 12, 14, 15(1), (2), 16, 17(1), 18(1)(a), (b), (2), (3), (4), 19(2), (5), 20(1), (2), 21, 26, 27(1), (2), 27.1, 28, 31.2, 32(2), (3), 47(1)(b), (2).
Competition Act, S.C. 1986, c. 26, ss. 18-47, 67.
Constitution of the United States of America, Fourteenth Amendment, Bill of Rights.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 643.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 18, 28.
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148.
Inquiries Act, R.S.C. 1970, c. I-13.
Public Inquiries Act, R.S.O. 1960, c. 323, s. 5(1).
Supreme Court Rules, SOR/83-74, as am., s. 32.

Authors Cited

de Smith, Stanley Alexander. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.
Halsbury's Laws of England, vol. 3, 4th ed. London: Butterworths, 1973.
 Pollock, Sir Frederick and Frederic William Maitland. *The History of English Law*, vol. 1, 2nd ed., reissued. Cambridge: Cambridge University Press, 1968.
 Schopler, Ernest H. "Right to Assistance by Counsel in Administrative Proceedings" (1970), 22 *ALR3d* 229.
Shorter Oxford English Dictionary, "Inquiry". Oxford: Clarendon Press, 1959.
 "The Distinction Between Informing and Prosecutorial Investigations: A Functional Justification for 'Star Chamber' Proceedings" (1963), 72 *Yale L.J.* 1227.
 Wade, Henry William Rawson. *Administrative Law*, 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1982.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1982] 2 F.C. 500, 132 D.L.R. (3d) 323, allowing an appeal from a judgment of Collier J., [1982] 1 F.C. 73. Appeal dismissed.

Edgar Sexton, Q.C., and *Valerie Dyer*, for the appellant Harold Irvine.

297; *Barnes v. City of London Real Property Co.*, [1918] 2 Ch. 18.

Lois et règlements cités

^a *Administrative Procedure Act*, 5 U.S.C.A., s. 555(b).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 643.
Collection Agencies Act, R.S.O. 1980, chap. 73.
Constitution des États-Unis d'Amérique, Quatorzième amendement, Déclaration des droits.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148.
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 7, 8b), c), 9, 10, 11, 12, 14, 15(1), (2), 16, 17(1), 18(1)a), b), (2), (3), (4), 19(2), (5), 20(1), (2), 21, 26, 27(1), (2), 27.1, 28, 31.2, 32(2), (3), 47(1)b), (2).
Loi sur la concurrence, S.C. 1986, chap. 26, art. 18 à 47, 67.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 18, 28.
^d *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 5.
Loi sur les enquêtes, S.R.C. 1970, chap. I-13.
Public Inquiries Act, R.S.O. 1960, chap. 323, art. 5(1).
Règles de la Cour suprême, DORS/83-74 et mod., art. 32.
^e

Doctrine citée

de Smith, Stanley Alexander. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.
Halsbury's Laws of England, vol. 3, 4th ed. London: Butterworths, 1973.
 Pollock, Sir Frederick and Frederic William Maitland. *The History of English Law*, vol. 1, 2nd ed., reissued. Cambridge: Cambridge University Press, 1968.
 Schopler, Ernest H. «Right to Assistance by Counsel in Administrative Proceedings» (1970), 22 *ALR3d* 229.
Shorter Oxford English Dictionary, «Inquiry». Oxford: Clarendon Press, 1959.
^h «The Distinction Between Informing and Prosecutorial Investigations: A Functional Justification for 'Star Chamber' Proceedings» (1963), 72 *Yale L.J.* 1227.
 Wade, Henry William Rawson. *Administrative Law*, 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1982.

ⁱ POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1982] 2 C.F. 500, 132 D.L.R. (3d) 323, qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement du juge Collier, [1982] 1 C.F. 73. Pourvoi rejeté.

^j *Edgar Sexton, c.r.*, et *Valerie Dyer*, pour l'appellant Harold Irvine.

Jeffrey Leon, for the appellants Namasco Limited and Charles Ian McKay.

S. N. Lederman, Q.C., and *Robert Rueter*, for the appellant Drummond McCall Inc.

John A. B. Macdonald, Q.C., and *Hugh A. Christie*, for the appellants Samuel, Son & Co. and W. Grant Brayley.

J. A. Hodgson and *N. R. Finkelstein*, for the appellant Westeel-Rosco Ltd.

F. J. C. Newbould, Q.C., for the appellants York Russel Inc., L. F. Newbury, Norman Katzman, John M. White, Leon Robidoux and Timothy H. Coughlin.

Robert Mongeon, for the appellants Newman Steel Ltd., Benjamin P. R. Newman, Sigmund R. Taube, Zenon P. Karcz and Peter R. Sheppard.

John Sopinka, Q.C., and *David Brown*, for the appellants Lorne Gilbert Coons, James Arthur Jobin, Donald Charles Grinstead, Hugh Fitzgerald Thomson, William Alexander Mowat and Bruce Scott Moore.

Bryan Finlay, Q.C., and *Graham Garton*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—This appeal raises many questions about the rights and obligations of persons concerned with administrative procedures and hearings under the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended (hereinafter referred to as “the Act”). Substantial portions of the Act have been repealed and replaced by the *Competition Act* (An Act to establish the Competition Tribunal and to amend the *Combines Investigation Act* and the *Bank Act* and other Acts in consequence thereof, S.C. 1986, c. 26, ss. 18-47). Section 67 of the transitional provisions in Part IV of the Act provides that the *Combines Investigation Act* is continued in effect for the purposes of completing any inquiry or proceeding which commenced prior to the enactment of the 1986 revisions.

Jeffrey Leon, pour les appelants Namasco Limited et Charles Ian McKay.

S. N. Lederman, c.r., et *Robert Rueter*, pour l'appelante Drummond McCall Inc.

John A. B. Macdonald, c.r., et *Hugh A. Christie*, pour les appelants Samuel, Son & Co. et W. Grant Brayley.

J. A. Hodgson et *N. R. Finkelstein*, pour l'appelante Westeel-Rosco Ltd.

F. J. C. Newbould, c.r., pour les appelants York Russel Inc., L. F. Newbury, Norman Katzman, John M. White, Leon Robidoux et Timothy H. Coughlin.

Robert Mongeon, pour les appelants Newman Steel Ltd., Benjamin P. R. Newman, Sigmund R. Taube, Zenon P. Karcz et Peter R. Sheppard.

John Sopinka, c.r., et *David Brown*, pour les appelants Lorne Gilbert Coons, James Arthur Jobin, Donald Charles Grinstead, Hugh Fitzgerald Thomson, William Alexander Mowat et Bruce Scott Moore.

Bryan Finlay, c.r., et *Graham Garton*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Le pourvoi soulève de nombreuses questions au sujet des droits et des obligations des personnes visées par des procédures et enquêtes administratives instituées en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, telle que modifiée (ci-après appelée la «Loi»). Des parties importantes de la Loi ont été abrogées et remplacées par la *Loi sur la concurrence* (Loi constituant le Tribunal de la concurrence et modifiant la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et la *Loi sur les banques* et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1986, chap. 26, art. 18 à 47). L'article 67 des dispositions transitoires de la partie IV de la Loi porte que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* demeure en vigueur aux fins de compléter toute enquête ou procédure commencée avant l'adoption des révisions de 1986.

The story, which becomes complicated, all began with an order issued by the Chairman of the Restrictive Trade Practices Commission some time between January 27 and February 2, 1981 directing the attendance on March 2, 1981 of twenty-nine persons before the Chairman or any person named by him, to give evidence under oath. This was made on the application of the Senior Deputy Director of the Investigation and Research Branch of the Commission on January 27, 1981, presumably pursuant to s. 17(1) of the Act.

This constitutive order is not in the record. Its style of cause is known.

IN THE MATTER OF the *Combines Investigation Act* and section 32 of the said act

and

IN THE MATTER OF an Inquiry relating to the production, manufacture, purchase, sale and supply of flat rolled steel, plate steel, bar and structural steel and related products

In a subsequent order issued on February 3, 1981 the Chairman recited in his preface:

Upon an application of the Senior Deputy Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act, dated January 27, 1981, I ordered, pursuant to section 17(1) of the Act, that the twenty-nine persons hereinafter listed, attend before me or before any other person named for the purpose by me pursuant to section 17, at . . . on Monday, the second day of March, 1981, . . . to give evidence upon oath in connection with the above inquiry.

In this order the Chairman appointed Mr. H. H. Griffin as "the person before whom such evidence shall be given . . ." The order then lists the twenty-nine witnesses. Mr. Griffin is not one of the Commissioners on the Restrictive Trade Practices Commission. In these reasons, Mr. Griffin will be referred to as the Hearing Officer. Section 32 referred to in the style of cause above sets out some offences under Part V of the Act, entitled "Offences in Relation to Competition".

On February 2, 1981 notices were sent to corporate employers whose employees had been directed

Toute cette affaire, qui se complique, a commencé par une ordonnance du président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, rendue entre le 27 janvier et le 2 février 1981 et enjoignant à vingt-neuf personnes de comparaître le 2 mars 1981 devant le président ou devant toute autre personne désignée par celui-ci, pour témoigner sous serment. L'ordonnance avait été rendue à la demande du sous-directeur principal de la Division des enquêtes et recherches de la Commission, le 27 janvier 1981, présumément en vertu du par. 17(1) de la Loi.

Cette ordonnance introductive d'instance ne figure pas au dossier. Son intitulé est connu:

[TRADUCTION] DANS L'AFFAIRE DE la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et son article 32

et

DANS L'AFFAIRE D'une enquête relative à la production, à la fabrication, à l'achat, à la vente et à la fourniture d'acier laminé, d'acier en plaques, d'acier en barres et d'acier de construction et d'autres produits connexes.

Dans une ordonnance subséquente rendue le 3 février 1981, le président affirme ce qui suit dans ses considérants:

[TRADUCTION] Suite à la demande faite, le 27 janvier 1981, par le sous-directeur principal des enquêtes et recherches, *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, j'ai ordonné, conformément au par. 17(1) de la Loi, que les vingt-neuf personnes, dont les noms suivent, comparaisent devant moi ou devant toute autre personne désignée par moi à cette fin conformément à l'article 17, à . . . le lundi 2 mars 1981 . . . pour déposer sous serment dans le cadre de l'enquête sus-mentionnée.

Dans cette ordonnance, le président désigne M. H. H. Griffin comme [TRADUCTION] «la personne qui recevra ces dépositions . . .» L'ordonnance donne ensuite les noms de vingt-neuf témoins. Monsieur Griffin n'est pas membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. Dans les présents motifs, M. Griffin sera désigné sous le titre d'officier enquêteur. L'article 32, mentionné dans l'intitulé de cause précité énonce certaines infractions prévues à la partie V de la Loi, intitulée «Infractions relatives à la concurrence».

Le 2 février 1981, des avis ont été envoyés aux personnes morales dont les employés avaient été

to attend and give testimony, and/or to others who were engaged in the business described in the style of cause. These notices were under the above style of cause and ordered:

Pursuant to authority conferred by and under the said Act, you are hereby required and ordered to attend before Mr. O. G. Stoner, Chairman of the Restrictive Trade Practices Commission or before any other person named for the purpose by me at ... on Monday, the second day of March, 1981, ... to give evidence upon oath in connection with the above inquiry.

On February 25, 1981 the Hearing Officer commenced the examination of these witnesses, under oath. Counsel for the Director explained to the Hearing Officer the nature of the proceedings in this way:

At the present time we are involved in a fact-finding exercise; no individual and no company has been charged with any offence of the Combines Investigation Act at this time.

Counsel for the Director then went on to advise the Hearing Officer that these hearings were generally conducted under the policy of the Director *in camera* and that if other people were hereafter subpoenaed and were inadvertently advised by counsel of those presently before the Hearing Officer of the evidence taken to date,

... this would definitely prejudice the Director's opportunity to gather information, and, as I say once again, this is only a fact-finding exercise and is not contemplated as being a Star Chamber exercise: no one has been charged yet.

Consequently, I submit that, in order for the Director to be able to gather all of the relevant evidence, both indicating the possibility of a crime having been committed and that which would refute such an allegation, it is in the Director's interests that a full and complete opportunity to gather this information be granted to him.

In the ensuing hearing, the Hearing Officer made the following rulings in response to objections and submissions by counsel representing some of the witnesses and some of the persons whose conduct appeared to be under investigation, and by counsel for the Director:

assignés à témoigner et à certaines autres du secteur décrit dans l'intitulé de cause. Ces avis, sous l'intitulé de cause précité, ordonnaient ce qui suit:

^a [TRADUCTION] Conformément à l'autorité conférée par et en vertu de ladite Loi, vous êtes par les présentes assignés à comparaître devant M. O. G. Stoner, président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce ou devant toute autre personne désignée par moi à cette fin, à ... le lundi 2 mars 1981 ... pour déposer sous serment dans le cadre de l'enquête sus-mentionnée.

^c Le 25 février 1981, l'officier enquêteur a commencé à interroger sous serment ces témoins. L'avocat du directeur a expliqué ainsi à l'officier enquêteur la nature de l'instance:

^d [TRADUCTION] Présentement, nous sommes à la recherche des faits; en ce moment, aucune personne, physique ou morale, n'est accusée d'avoir commis une infraction à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

^e L'avocat du directeur a alors avisé l'officier enquêteur que, selon la politique adoptée par le directeur, ces auditions avaient généralement lieu à huis clos et que si jamais d'autres témoins venaient à être assignés et qu'ils étaient par inadvertance informés, par les avocats de ceux qui comparaissent actuellement devant l'officier enquêteur, du contenu des témoignages déjà rendus:

^g [TRADUCTION] ... il ne fait pas de doute que cela nuirait aux chances du directeur d'obtenir des renseignements, et, je le répète, nous n'en sommes qu'au stade de la recherche des faits, qui n'est pas envisagé comme une inquisition: personne n'a encore été inculpé.

^h C'est pourquoi je soutiens que, pour permettre au directeur de réunir tous les éléments de preuve pertinents, tant ceux qui dénotent la possibilité qu'un crime ait été commis que ceux qui réfutent une telle allégation, il est dans l'intérêt du directeur qu'il ait toutes les chances d'obtenir ces renseignements.

^j Au cours de l'audience qui a suivi, l'officier enquêteur a décidé ce qui suit en réponse aux objections et aux prétentions des avocats qui représentaient certains témoins et certaines personnes dont la conduite paraissait visée par l'enquête, et à celles de l'avocat du directeur:

- | | | |
|---|---|--|
| <p>1. Counsel appearing for witnesses and for those persons (including companies) whose conduct is apparently under investigation could be present at the hearing subject to later exclusion by the Hearing Officer if prejudicial evidence was being received and the presence of a formidable array of counsel might discourage a witness or dissuade him or her from giving evidence.</p> <p>2. Counsel for the Director may examine a witness on documents seized from his employer and other companies and need not furnish the witness with copies of those documents taken from his own employer. The Director must, however, at the time of the examination provide the witness with copies of those documents seized from other companies.</p> <p>3. An officer of the company (Drummond McCall Inc.), already represented by its counsel, could not remain in the hearing as he might later be called as a witness although he was not included in the twenty-nine witnesses named in the order of the Chairman.</p> <p>4. Counsel for the Director would conduct the examination-in-chief of each witness, with the role of counsel for the witness being limited to re-examination for the purpose of clarification or explanation of matters raised in the Director's examination, and generally to assist the witness.</p> <p>5. The Director need not examine a witness (one Kirch) who objected to testifying in the presence of other counsel on the basis that he felt "intimidated". The Hearing Officer declined to examine Kirch himself and refused to allow counsel for other witnesses and persons whose conduct was being investigated to do so.</p> <p>6. The Hearing Officer would not order the Director to disclose his "reasonable and probable grounds" for commencing the inquiry to those whose conduct was apparently being investigated.</p> | <p>a</p> <p>b</p> <p>c</p> <p>d</p> <p>e</p> <p>f</p> <p>g</p> <p>h</p> <p>i</p> <p>j</p> | <p>1. Les avocats qui comparaissent pour des témoins et des personnes (physiques ou morales) dont la conduite paraît faire l'objet d'une enquête pourront être présents à l'audience, sous réserve d'exclusion ultérieure par l'officier enquêteur, au cas où il y aurait présentation d'éléments de preuve préjudiciables et où la présence de toute une batterie d'avocats serait susceptible d'intimider le témoin ou le dissuader de témoigner.</p> <p>2. L'avocat du directeur peut interroger un témoin au sujet des documents saisis chez son employeur ou chez d'autres sociétés sans avoir à fournir à ce témoin des copies des documents saisis chez son propre employeur. Le directeur doit cependant, lors de l'interrogatoire, remettre au témoin des copies des documents saisis chez d'autres sociétés.</p> <p>3. Un dirigeant de la société (Drummond McCall Inc.), déjà représenté par son avocat, ne peut demeurer dans la salle d'audience étant donné qu'il est susceptible d'être ultérieurement appelé à témoigner même s'il ne fait pas partie des vingt-neuf témoins désignés dans l'ordonnance du président.</p> <p>4. L'avocat du directeur procède à l'interrogatoire principal de chaque témoin, le rôle de l'avocat du témoin étant limité à un réinterrogatoire pour fins de clarification ou d'explication des points soulevés lors de l'interrogatoire effectué par le directeur et, en général, pour assister le témoin.</p> <p>5. Le directeur n'a pas à interroger un témoin (un dénommé Kirch) qui refuse de témoigner en présence des autres avocats pour le motif qu'il se sent «intimidé». L'officier enquêteur a refusé d'interroger Kirch lui-même et il a refusé de permettre aux avocats des autres témoins et personnes dont la conduite faisait l'objet de l'enquête de le faire.</p> <p>6. L'officier enquêteur ne saurait ordonner au directeur de divulguer les «motifs raisonnables et probables» d'ouvrir une enquête aux personnes dont la conduite paraît faire l'objet d'une enquête.</p> |
|---|---|--|

About this time some of the parties became aware that the Hearing Officer was not a Commis-

C'est à peu près à ce moment que les parties se sont rendu compte que l'officier enquêteur n'était

sioner. Counsel for one of the companies appearing by officer and by counsel (Drummond McCall Inc.) thereupon requested an adjournment of the hearing to permit an application to a member of the Commission for an order pursuant to s. 20 of the Act, for representation by counsel. The adjournment was denied by the Hearing Officer who was concerned with the expense of delaying the proceedings to both the public and the companies whose conduct was being inquired into. A notice of motion was then launched in the Trial Division of the Federal Court of Canada under s. 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, by witnesses and by persons whose conduct was apparently under investigation, for relief in the nature of *certiorari*, prohibition and mandamus "to restrain and set aside all proceedings pending before [the Hearing Officer] under the apparent authority of s. 17 of the *Combines Investigation Act* on the ground that he is without authority to preside over them"; and in particular, to make the first six of the several rulings already enumerated. Item 6 was the subject of a supplementary application:

(a) his decision that objective cause need not be given by Commission Counsel to the parties whose conduct is being inquired into when an inquiry is commenced under s. 8(b) of the *Combines Investigation Act* R.S.C. 1970 c. C-23 as amended.

The learned trial judge, Collier J. quashed the following decisions of the Hearing Officer:

1. the refusal to permit persons whose conduct is being inquired into, and witnesses where represented by counsel, to be present throughout the whole of the examinations;
2. the refusal to permit counsel representing persons whose conduct is being inquired into and counsel representing witnesses, to examine or re-examine without restriction their own clients, or to cross-examine other witnesses;

pas membre de la Commission. L'avocat de l'une des sociétés comparaisant par l'intermédiaire de l'un de ses dirigeants et d'un avocat (Drummond McCall Inc.) a aussitôt demandé l'ajournement de l'audience afin de pouvoir demander à un membre de la Commission de rendre, conformément à l'art. 20 de la Loi, une ordonnance permettant à sa cliente d'être représentée par un avocat. L'ajournement a été refusé par l'officier enquêteur, qui se préoccupait des frais qu'un ajournement des procédures occasionnerait tant au public qu'aux sociétés dont la conduite faisait l'objet de l'enquête. Certains témoins et certaines personnes dont la conduite paraissait faire l'objet de l'enquête ont alors déposé un avis de requête en Cour fédérale du Canada, Division de première instance, en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, afin d'obtenir un redressement sous la forme de brefs de *certiorari*, de prohibition et de *mandamus* [TRADUCTION] «visant à faire interrompre et annuler toutes les procédures pendantes devant [l'officier enquêteur] en vertu, apparemment, de l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, pour le motif que ce dernier n'est pas compétent pour les présider»; et, notamment, pour rendre les six premières décisions déjà mentionnées. Le sixième point a fait l'objet d'une requête supplémentaire:

[TRADUCTION] a) sa décision, selon laquelle l'avocat de la Commission n'a pas à fournir de motifs objectifs aux parties dont la conduite est examinée après le début d'une enquête tenue en vertu de l'al. 8b) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, tel que modifié;

Le savant juge de première instance, le juge Collier, a annulé les décisions suivantes de l'officier enquêteur:

1. son refus de permettre aux personnes dont la conduite fait l'objet d'une enquête et aux témoins, représentés par un avocat, d'être présents pendant toute la durée des interrogatoires;
2. son refus de permettre à l'avocat des personnes dont la conduite fait l'objet d'une enquête et à celui des témoins d'interroger ou d'interroger de nouveau sans restriction leurs propres clients, ou de contre-interroger d'autres témoins;

3. the refusal of the request by Drummond McCall Inc. for an adjournment of the hearing so as to permit the applicant to apply to a Commissioner for an order permitting representation by counsel at the inquiry. (This issue is not raised in this Court.)

He rejected all other parts of the above applications. The trial judge specifically concluded that because the Hearing Officer owed a duty to the Commission and not to the applicants to take the evidence of Kirch, the application for an order directing the examination of Kirch by the Hearing Officer, Commission counsel or counsel for the applicants was denied.

All these issues were placed before the Federal Court of Appeal by appeal and cross-appeal. The Federal Court of Appeal set aside the order of the Trial Division quashing the orders of the Hearing Officer as enumerated above; and confirmed the refusal by the Trial Division (a) to require Kirch to testify and to permit counsel for the applicants to put questions to Mr. Kirch; and (b) to make an order requiring the Commission's counsel to give to parties whose conduct was being inquired into in an inquiry which in the view of Collier J. was being held under s. 8(b), the objective cause of the inquiry. The appellants in their supplementary application, *supra*, likewise assumed the inquiry was being conducted under s. 8(b). In the result, the Court of Appeal dismissed the applicants' Notice of Motion and supplementary Notice of Motion in their entirety.

Issues

The questions raised in these proceedings fall into three categories:

1. The validity of the inquiry being conducted under the Act by the Director in the absence of any demonstration by the Director that he had "reason to believe" an offence against the Act has been committed by any person whose conduct is being inquired into, or that grounds exist for an order by the Commission under Part IV.1 of the Act; or that the inquiry has

3. son refus d'accueillir la demande d'ajournement présentée par Drummond McCall Inc. dans le but de lui permettre de demander à un membre de la Commission de rendre une ordonnance l'autorisant à être représentée par un avocat à l'enquête. (Ce point n'est pas soulevé en cette Cour.)

Il a rejeté toutes les autres parties des requêtes susmentionnées. Le juge de première instance a conclu expressément que, l'officier enquêteur n'ayant l'obligation qu'envers la Commission, et non envers les requérants, de procéder à l'audition du témoignage de Kirch, la demande d'ordonnance enjoignant à l'officier enquêteur, à l'avocat de la Commission ou aux avocats des requérants, de procéder à l'interrogatoire de Kirch, était rejetée.

La Cour d'appel fédérale a été saisie de tous ces points litigieux par voie d'appel et d'appel incident. La Cour d'appel fédérale a annulé l'ordonnance de la Division de première instance qui annulait les ordonnances susmentionnées de l'officier enquêteur et a confirmé le refus de la Division de première instance a) d'obliger Kirch à témoigner et d'autoriser les avocats des requérants à l'interroger et b) de rendre une ordonnance enjoignant à l'avocat de la Commission de fournir aux parties dont la conduite faisait l'objet d'une enquête tenue, selon le juge Collier, en vertu de l'al. 8b), les motifs objectifs de cette enquête. Les appelants, dans leur requête supplémentaire précitée ont également présumé que l'enquête était tenue en vertu de l'al. 8b). En définitive, la Cour d'appel a rejeté intégralement les avis de requête et avis de requête supplémentaire des requérants.

Les questions en litige

Les questions soulevées dans le présent pourvoi se répartissent en trois catégories:

1. La validité de l'enquête effectuée en vertu de la Loi par le directeur, en l'absence de toute démonstration par le directeur qu'il avait «des raisons de croire» qu'une infraction à la Loi a été commise par l'une des personnes dont la conduite est examinée, qu'il existe des motifs justifiant la Commission de rendre une ordonnance en vertu de la partie IV.1 de la Loi, ou

been directed by the Minister, all as may be provided or required by s. 8 of the Act;

2. Can the first issue be raised under the present applications which are concerned only with the Hearing Officer's rulings or orders, which relate to but make no mention of an order issued on or after January 27, 1981 and on or before February 2, 1981 by the Chairman of the Commission and which order is not in the record?
3. The extent of the role of the counsel "allowed" or "permitted" under s. 20 of the Act to represent a person whose conduct is being inquired into or a person being examined under oath;
4. The role and function of the Hearing Officer, the Director and counsel representing other parties in the examination of Mr. Kirch, a person called to attend and give evidence at the inquiry under the order of the Commission issued on February 3, 1981 and probably under the order of the Chairman issued on or after January 27, 1981 as well.

The Act

Many if not all these issues require for their answer an interpretation and assessment of the relevant portions of the Act. The Act is divided into seven parts of which Part I—Investigation and Research; Part II—Consideration and Report; Part III—General; and Part VII—Investigation of Monopolistic Situations, principally concern us in this appeal.

In Part I the office of the Director of Investigation and Research is established. Part II of the Act establishes the Restrictive Trade Practices Commission consisting of a Chairman and not more than three other members. The Commission has many duties and functions under the Act including the authorization of the examination of witnesses under oath by the Director and the production of documents by such witnesses (s. 17); the reception of statements of evidence from the Director and the hearing of submissions from persons against whom allegations are therein made (s. 18); the

que c'est le ministre qui a ordonné la tenue de l'enquête, comme le prévoit ou le requiert l'art. 8 de la Loi;

2. Le premier point peut-il être soulevé en vertu des présentes requêtes qui ne portent que sur les décisions ou ordonnances de l'officier enquêteur et qui se rapportent, sans le mentionner expressément, à une ordonnance que le président de la Commission a rendue entre le 27 janvier 1981 et le 2 février 1981, laquelle ordonnance ne figure pas au dossier?
3. L'étendue du rôle que joue l'avocat «autorisé», en vertu de l'art. 20 de la Loi, à représenter une personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête ou qui est interrogée sous serment;
4. Les rôle et fonction de l'officier enquêteur, du directeur et des avocats qui représentent les autres parties pour ce qui est de l'interrogatoire de M. Kirch, une personne citée à comparaître et à témoigner à l'enquête en vertu de l'ordonnance rendue par la Commission le 3 février 1981 et, vraisemblablement, de l'ordonnance rendue par le président le 27 janvier 1981 ou après cette date.

La Loi

Une bonne partie, pour ne pas dire la totalité de ces questions, exige pour recevoir une réponse, une interprétation et une évaluation des parties pertinentes de la Loi. La Loi est divisée en sept parties dont la partie I—Enquêtes et recherches; la partie II—Étude et rapport; la partie III—Dispositions générales; et la partie VII—Investigation des situations de monopole, nous intéressent au premier chef en l'espèce.

Dans la partie I de la Loi, le poste de directeur des enquêtes et recherches est créé. La partie II établit la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, composée d'un président et d'au plus trois autres membres. La Commission se voit confier plusieurs responsabilités par la Loi, dont celle consistant à autoriser le directeur à interroger sous serment des témoins et à ordonner à ces témoins de produire des documents (art. 17), celle consistant à recevoir du directeur des exposés des éléments de preuve obtenus et à entendre les personnes visées par les allégations y contenues (art.

making of reports to the Minister on such matters (s. 19); and permitting or allowing counsel to represent witnesses or persons whose conduct is being inquired into at a hearing before a Commissioner or a person nominated by a Commissioner (s. 20(1)) as in the case of the Hearing Officer in these proceedings. Part III includes s. 26 which authorizes the Minister to require the Director to submit interim reports on any inquiry being conducted by the Director and such interim report shall set out the evidence thus far obtained and the Director's opinion as to the effect of the evidence. Part III also provides that all inquiries under the Act shall be conducted in private except where the Commission itself may conduct an inquiry in whole or in part in public (s. 27); and the Director, at the request of any federal board or on his own initiative or on direction from the Minister, shall make representations to and call evidence before any such board in respect of the maintenance of competition (s. 27.1). Part IV provides for the reduction of importation duties by the Governor in Council whenever, as the result of an inquiry or of judgments in courts, it appears that by reason a conspiracy or combination the public is disadvantaged (s. 28). Part V as mentioned at the outset sets out the offences in relation to competition. Part VII includes provisions for the directing of an inquiry by the Director into monopolistic and other conditions of trade and to report thereon to the Minister (s. 47); together with other responsibilities not here relevant.

The "Minister" referred to in the Act is the Minister of Consumer and Corporate Affairs except where specific reference is made, for example in s. 31.2, to the Minister of Finance, and in s. 15 where the reference is to the Attorney General of Canada.

The statutory scheme was no doubt clear and consistent when the statute was first enacted. It has over the years had new provisions patched on,

18), celle consistant à faire des rapports au Ministre à ce sujet (art. 19), et celle consistant à permettre aux témoins ou aux personnes dont la conduite fait l'objet d'une enquête d'être représentés par un avocat aux audiences que préside un membre de la Commission ou une personne désignée par un membre de la Commission (par. 20(1)), comme c'est le cas de l'officier enquêteur en l'espèce. La partie III comprend l'art. 26 qui autorise le Ministre à exiger du directeur qu'il soumette des rapports provisoires au sujet de toute enquête qu'il poursuit alors et ces rapports provisoires doivent indiquer les éléments de preuve jusqu' alors obtenus et l'opinion du directeur sur l'effet de ces éléments de preuve. La partie III dispose aussi que toutes les enquêtes prévues par la Loi doivent être tenues à huis clos, sauf dans le cas où la Commission elle-même peut procéder à une enquête publique en totalité ou en partie (art. 27), et le directeur doit, à la requête de tout organisme fédéral ou de sa propre initiative ou sur l'ordre du Ministre, présenter à cet organisme des observations et des éléments de preuve relativement au maintien de la concurrence (art. 27.1). La partie IV prévoit la réduction des droits de douane par le gouverneur en conseil chaque fois que, par suite d'une enquête ou de jugements rendus par des tribunaux, il appert qu'en raison de quelque complot ou association d'intérêts le public se trouve dans une situation défavorable (art. 28). La partie V, comme je l'ai dit au départ, énonce les infractions à la libre concurrence. La partie VII comporte des dispositions permettant au directeur d'ordonner la tenue d'une enquête sur les situations de monopole et certaines autres pratiques commerciales et d'en faire rapport au Ministre (art. 47), et prévoit d'autres attributions qui ne nous intéressent pas en l'espèce.

Le «Ministre» mentionné dans la Loi est le ministre de la Consommation et des Corporations, sauf dans le cas où, comme par exemple à l'art. 31.2 et à l'art. 15, on mentionne expressément le ministre des Finances et le procureur général du Canada respectivement.

L'économie de la loi était sans doute claire et cohérente lorsqu'elle fut adoptée pour la première fois. Mais, au cours des années, de nouvelles dispo-

older sections deleted, phrases wedged in or sub-sections carved out until the meaning of some of the provisions is obscure. By the time of its revision in 1986, the statutory scheme seriously lacked any symmetry. The Court must nonetheless interpret and apply the main sections and the core of this Act in order to dispose of this appeal while recognizing throughout that this statute itself has largely been repealed and replaced.

Part I established the Director of Investigation and Research and s. 8 prescribes some of the circumstances in which the Director will cause an inquiry to be made. Because this section is of fundamental importance to the ensuing discussions it should be set out in full:

8. The Director shall

- (a) on application made under section 7,
 - (b) whenever he has reason to believe that
 - (i) a person has contravened or failed to comply with an order made pursuant to section 29, 29.1 or 30,
 - (ii) grounds exist for the making of an order by the Commission under Part IV.1, or
 - (iii) an offence under Part V or section 46.1 has been or is about to be committed, or
 - (c) whenever he is directed by the Minister to inquire whether any of the circumstances described in subparagraphs (b)(i) to (iii) exists,
- cause an inquiry to be made into all such matters as he considers necessary to inquire into with the view of determining the facts.

It will be seen that the Director must, for example, launch an inquiry when he receives a citizen's application under s. 7 or a ministerial direction under s. 8(c). He must also cause an inquiry to be made "when he has reason to believe" that there has been a failure to comply with orders issued by a court under the Act, that there are grounds for a recommendation by the Commission to the Minister of Finance for the removal or reduction of customs tariffs and the issuance by the Commission of related orders, or that an offence has been committed under the provisions of the Act forbidding the undue limitations on competition.

sitions y ont été greffées, d'anciens articles ont été supprimés, des adjonctions intercalées ou des paragraphes enlevés, au point de rendre obscur le sens de certaines dispositions. À l'époque de sa révision, en 1986, l'économie de la Loi péchait gravement par manque de symétrie. La Cour doit néanmoins interpréter et appliquer les principaux articles et le principe de la Loi, si elle veut statuer en l'espèce, tout en se rappelant, ce faisant, que cette loi a été en grande partie abrogée et remplacée.

La partie I établit le poste de directeur des enquêtes et recherches et son art. 8 énonce certaines des circonstances dans lesquelles le directeur fait procéder à une enquête. En raison de l'importance fondamentale qu'il revêt pour l'analyse qui suit, l'article mérite d'être reproduit au complet:

8. Le directeur doit,

- a) sur une demande faite en vertu de l'article 7,
 - b) chaque fois qu'il a des raisons de croire
 - (i) qu'une personne a violé ou transgressé une ordonnance rendue en application des articles 29, 29.1 ou 30,
 - (ii) qu'il existe des motifs permettant à la Commission de rendre une ordonnance en vertu de la Partie IV.1, ou
 - (iii) qu'on a commis ou qu'on est sur le point de commettre une infraction visée par la Partie V ou l'article 46.1, ou
 - c) chaque fois que le Ministre lui ordonne de déterminer au moyen d'une enquête si l'un quelconque des faits visés aux sous-alinéas b)(i) à (iii) existent,
- faire étudier toutes questions qui, d'après lui, nécessitent une enquête en vue de déterminer les faits.

On constate que le directeur doit, par exemple, procéder à une enquête à la réception d'une demande en ce sens d'un citoyen, en vertu de l'art. 7, ou lorsque le ministre le lui ordonne, en vertu de l'al. 8c). Il doit aussi faire procéder à une enquête «chaque fois qu'il a des raisons de croire» qu'il y a eu transgression des ordonnances rendues par un tribunal en vertu de la Loi, qu'il existe des motifs permettant à la Commission de recommander au ministre des Finances la suppression ou la réduction de certains droits de douane et de rendre des ordonnances à ce sujet, ou qu'on a commis une infraction aux dispositions de la Loi interdisant les limitations indues de concurrence.

Section 8 contains no rules or procedures for the guidance of the Director in investigating those matters by statute assigned to him. The word "inquiry" appears in the Act to be carrying its ordinary meaning which, according to the *Shorter Oxford English Dictionary* (1959), at p. 1012, is the "action or an act or course of inquiring . . . the action of seeking . . . truth, knowledge or information concerning something; search, research, investigation, examination". The verb "to inquire" is on the same page and is defined as including "to investigate". The section does not set up any organization in the sense that the word inquiry is sometimes employed. Nor does it prescribe any process or procedure or rules for the guidance of the Director in making his inquiry.

By other sections in Part I the Director is authorized in the course of the conduct of his inquiry to enter premises and copy or remove documents, or to require a return of any information required of a business. Where circumstances require, the Director may apply to the Commission for authority to require evidence upon affidavit. These provisions of Part I also authorize the Director to discontinue any inquiry (unless the evidence taken has already been placed before the Commission) (s. 14). All this is established in Part I of the Act under the heading "Investigation and Research". The Director may also, during such an inquiry or on its termination, turn any evidence or records over to the Attorney General of Canada "for consideration as to whether an offence has been or is about to be committed against this Act, and for such action as the Attorney General of Canada may be pleased to take" (s. 15(1)). Subsection (2) authorizes the Attorney General of Canada to institute and conduct any prosecutions under the Act. The Director is given no role in any such proceedings.

Part II of the Act (by s. 16) establishes the Restrictive Trade Practices Commission to which reference has already been made in Part I of the Act in s. 14. Part II then proceeds to lay out the program for the processing by the Commission of

L'article 8 n'énonce aucune règle ni aucune procédure susceptible de guider le directeur lorsqu'il enquête sur les matières que la loi lui attribue. Le terme «*inquiry*» (enquête) qui figure dans la Loi peut être utilisé dans son sens habituel qui, d'après le *Shorter Oxford English Dictionary* (1959), à la p. 1012, est le suivant: [TRADUCTION] «action d'enquêter . . . action de rechercher la vérité, des connaissances ou des renseignements sur quelque chose; recherche méthodique, examen, investigation». Le verbe «*to inquire*» (enquêter) se trouve à la même page et est défini comme incluant le fait de «procéder à une investigation». L'article n'établit aucune structure organisationnelle au sens dans lequel le terme enquête est parfois utilisé. Il ne prévoit non plus aucune procédure ni aucune règle qui puisse guider le directeur au cours de l'enquête.

D'autres articles de la partie I autorisent le directeur, au cours de son enquête, à pénétrer dans des lieux et à emporter des documents ou à en tirer des copies, ou à requérir un rapport divulguant tout renseignement requis d'une entreprise. Lorsque les circonstances l'exigent, le directeur peut demander à la Commission l'autorisation d'exiger une preuve par affidavit. Ces dispositions de la partie I autorisent aussi le directeur à interrompre une enquête (à moins que la Commission n'ait déjà été saisie de la preuve) (art. 14). Tout cela est édicté à la partie I de la Loi, sous la rubrique «Enquêtes et recherches». Le directeur peut aussi, au cours de l'enquête ou à la fin de celle-ci, remettre tous éléments de preuve ou dossiers au procureur général du Canada «pour examen sur la question de savoir si l'on a commis ou si l'on est sur le point de commettre une infraction à la présente loi, et pour toutes mesures qu'il plaît au procureur général du Canada de prendre» (par. 15(1)). Le paragraphe (2) autorise le procureur général du Canada à engager et à exercer toutes poursuites prévues par la Loi. Le directeur ne se voit attribuer aucun rôle dans ces procédures.

La partie II de la Loi (à l'art. 16) établit la Commission sur les pratiques restrictives du commerce déjà mentionnée à l'art. 14 de la partie I de la Loi. Puis la partie II énonce la façon dont la Commission doit traiter les pièces réunies par le

the material gathered by the Director in his inquiries. When the Director requires coercive measures to obtain evidence, he may secure from the Commission, on *ex parte* application, an order directed to anyone present in Canada to appear before a member of the Commission, or any other person named for the purpose, and be examined upon oath or produce documents (s. 17(1)). This section curiously is not found in Part I but in Part II entitled "Consideration and Report", which is concerned in the main with the work of the Commission after the Director has delivered the evidence received in his inquiries. Because s. 17(1) is central to this appeal it should be set out in full:

17. (1) On *ex parte* application of the Director, or on his own motion, a member of the Commission may order that any person resident or present in Canada be examined upon oath before, or make production of books, papers, records or other documents to such member or before or to any other person named for the purpose by the order of such member and may make such orders as seem to him to be proper for securing the attendance of such witness and his examination, and the production by him of books, papers, records or other documents and may otherwise exercise, for the enforcement of such orders or punishment for disobedience thereof, all powers that are exercised by any superior court in Canada for the enforcement of subpoenas to witnesses or punishment of disobedience thereof.

As we have seen, notices were sent out to the appellants by the Director of the orders made by the Chairman of the Commission under s. 17. It is not at all clear in either the wording or the layout of the statute in general whether the powers under s. 17 are designed to feed an inquiry under s. 8 in another part of the Act or are directed to the assistance of the Director in preparation for a Commission hearing under the ensuing sections in Part II. This consideration bears upon the submissions by the appellants that all inquiries must be under s. 8 and that in order to launch an inquiry the Director must demonstrate reasonable belief in one or more of the matters described in s. 8. If section 17 is intended as an initiating part of the program in Part II as distinct from Part I, no such

directeur au cours de ses enquêtes. Lorsque le directeur doit avoir recours à des mesures de contrainte pour réunir des éléments de preuve, il peut obtenir de la Commission, sur demande *ex parte*, une ordonnance enjoignant à toute personne présente au Canada de comparaître devant un membre de la Commission ou devant toute autre personne nommée à cette fin, pour être interrogée sous serment ou produire certains documents (par. 17(1)). Curieusement, on retrouve cet article non pas dans la partie I mais bien dans la partie II intitulée «Étude et rapport», qui porte surtout sur les travaux de la Commission une fois que le directeur lui a remis les éléments de preuve réunis au cours de ses enquêtes. Le paragraphe 17(1), qui revêt une importance primordiale dans le présent pourvoi, mérite d'être reproduit au complet:

17. (1) Sur demande *ex parte* du directeur, ou de sa propre initiative, un membre de la Commission peut ordonner que toute personne résidant ou présente au Canada soit interrogée sous serment devant lui ou devant toute autre personne nommée à cette fin par l'ordonnance de ce membre, ou produise à ce membre ou à cette autre personne des livres, documents, archives ou autres pièces, et peut rendre les ordonnances qu'il estime propres à assurer la comparution et l'interrogatoire de ce témoin et la production par ce dernier de livres, documents, archives ou autres pièces, et il peut autrement exercer, en vue de l'exécution de ces ordonnances ou de la punition pour défaut de s'y conformer, les pleins pouvoirs exercés par toute cour supérieure au Canada quant à l'exécution des brefs d'assignation ou à la punition en cas de défaut de s'y conformer.

Comme nous l'avons vu, le directeur avait avisé les appelants des ordonnances rendues par le président de la Commission conformément à l'art. 17. Il ne ressort clairement ni du texte ni de l'économie générale de la loi si les pouvoirs conférés par l'art. 17 ont été conçus pour être exercés dans le cadre d'une enquête ouverte en vertu de l'art. 8, que l'on retrouve dans une autre partie de la Loi, ou s'ils l'ont été pour venir en aide au directeur quand il se prépare à une audience devant la Commission en vertu des articles suivants de la partie II. Ce facteur a une incidence sur les arguments des appelants, portant que toute enquête doit être tenue en vertu de l'art. 8 et que, pour ouvrir une enquête, le directeur doit démontrer qu'il a des motifs raisonnables de croire à l'existence d'une

requirement would ordinarily be inferred or implied and certainly has not been expressly assigned by the section to the Director.

By section 18 of the Act, where the Director is of the opinion that the evidence obtained discloses an offence under Part V (the principal competition offences in the Act), the Director may, or if the inquiry relates to an alleged or suspected offence under Part V and the Minister so requires, the Director shall "prepare a statement of the evidence obtained in the inquiry which shall be submitted to the Commission and to each person against whom an allegation is made therein". Unlike Part I where the inquiry section (s. 8) is followed by a section (s. 15) authorizing the Director to turn evidence and materials gathered in the inquiry over to the Attorney General of Canada for consideration as to whether or not a prosecution should be instigated, s. 18 provides that the Director may forward a statement of the evidence obtained in the inquiry to the Commission if he is of the opinion that "the evidence obtained discloses a situation contrary to any provision in Part V" (s. 18(1)(a)). The Director is neither directed nor authorized by the statute to include any findings, facts or recommendations in such a statement. Subsection (1) concludes with a direction to the Director to forward to each person a copy of the statement submitted by the Director to the Commission, "against whom an allegation is made therein". What remains unexplained in the statute is how the Minister is made aware that an inquiry is being conducted by the Director under the Act with reference to an allegation or suspected offence under Part V except where the Minister has himself directed the inquiry under s. 8. In any event, if he becomes aware of such an inquiry he may direct the Director to prepare a statement to the Commission.

The Commission thereupon conducts a hearing at which the Director and persons against whom allegations are made in a statement under s. 18(1)

seule ou de plusieurs situations décrites à l'art. 8. Si l'article 17 est destiné à introduire la procédure prévue à la partie II, par opposition à celle de la partie I, aucune exigence de cette nature ne saurait normalement être déduite ni considérée comme implicite et, assurément, n'est expressément imposée au directeur par l'article.

Selon l'article 18 de la Loi, lorsque le directeur est d'avis que la preuve obtenue révèle l'existence d'une infraction à la partie V (les principales infractions relatives à la concurrence énoncées dans la Loi), il peut ou, si l'enquête se rapporte à une infraction à la partie V, dont on soutient ou on soupçonne la perpétration, et s'il en est requis par le Ministre, il doit «préparer un exposé de la preuve obtenue au cours de l'enquête, et cet exposé doit être soumis à la Commission ainsi qu'à chaque personne contre qui une allégation y est faite». Contrairement à la partie I, où l'article sur les enquêtes (l'art. 8) est suivi d'un article (l'art. 15) autorisant le directeur à remettre les éléments de preuve et les pièces qu'il a réunis au cours de l'enquête au procureur général du Canada pour qu'il examine l'opportunité d'agir en justice, l'art. 18 porte que le directeur peut remettre à la Commission un exposé de la preuve obtenue au cours de l'enquête s'il est d'avis que cette «preuve obtenue révèle une situation contraire à quelque disposition de la partie V» (al. 18(1)a)). La Loi n'oblige pas ou n'autorise pas le directeur à joindre à cet exposé des conclusions, des faits ou des recommandations. Le paragraphe (1), *in fine*, oblige le directeur à remettre copie de l'exposé qu'il soumet à la Commission «à chaque personne contre qui une allégation y est faite». Ce que la Loi n'explique pas, c'est la façon de mettre le Ministre au courant du fait que le directeur procède, en vertu de la Loi, à une enquête relativement à des soupçons ou à des allégations d'infractions à la partie V, sauf dans le cas où c'est le Ministre lui-même qui a ordonné l'enquête en vertu de l'art. 8. Quoi qu'il en soit, s'il apprend qu'une telle enquête est tenue, il peut ordonner au directeur de préparer un exposé à l'intention de la Commission.

La Commission tient alors une audition à laquelle le directeur et les personnes visées par une allégation contenue dans l'exposé préparé en vertu

shall be heard "in person or by counsel". The Commission is not limited, however, to the statement of evidence prepared by the Director. Subsection (3) states:

(3) The Commission shall, in accordance with this Act, consider the statement submitted by the Director under subsection (1) together with such further or other evidence or material as the Commission considers advisable.

Subsection (4) appears to be added to s. 18 out of an abundance of caution:

(4) No report shall be made by the Commission under section 19 or 22 against any person unless such person has been allowed full opportunity to be heard as provided in subsection (2).

By section 19 the Commission is required, "as soon as possible" after the proceedings under s. 18 are concluded, to "make a report in writing and without delay transmit it to the Minister". The Commission's report shall (a) review the evidence and material, presumably including both that contained in the Director's "statement" and that received by the Commission on its own hearing under s. 18; (b) "appraise the effect on the public interest of arrangements and practices disclosed in the evidence"; (c) "contain recommendations as to the application of remedies provided in this Act or other remedies" unspecified in the legislation; and (d) where from Commission proceedings under s. 18 it appears that a conspiracy, combination, agreement or arrangement has existed, include a finding whether they relate only to matters described in s. 32(2) (the conspiracy offence provisions), and if so, make a further finding as to whether such conspiracy, etc., has lessened or is likely to lessen competition, including competition in respect to prices, production or other matters mentioned in s. 32(3).

I digress to point out that by s. 27(1) (a provision found in another Part of the Act) "All inquiries under this Act shall be conducted in private". The section goes on to state, however: "except that the Chairman of the Commission

du par. 18(1) se font entendre «en personne ou par un avocat». Toutefois, la Commission n'est pas limitée à l'exposé de la preuve rédigé par le directeur. Le paragraphe (3) porte:

^a (3) La Commission doit, conformément à la présente loi, étudier l'exposé soumis par le directeur en vertu du paragraphe (1), avec toute preuve ou matière nouvelle ou autre que la Commission juge opportune.

^b Le paragraphe (4) semble avoir été ajouté à l'art. 18 par mesure de prudence:

^c (4) La Commission ne doit présenter, aux termes de l'article 19 ou 22, aucun rapport contre qui que ce soit, à moins que la personne en cause n'ait eu l'occasion voulue de se faire entendre comme le prévoit le paragraphe (2).

Aux termes de l'art. 19, la Commission doit, ^d «aussitôt que possible», après la conclusion des procédures engagées sous le régime de l'art. 18, «faire un rapport par écrit et le transmettre sans délai au Ministre». Le rapport de la Commission doit: a) passer en revue les éléments de preuve et les pièces, ^e présumément tant celles contenues dans «l'exposé» du directeur que celles dont elle a été saisie lors de l'audience qu'elle a elle-même tenue en vertu de l'art. 18, b) «estimer l'effet, sur l'intérêt public, des arrangements et pratiques révélés par la preuve», c) «contenir des recommandations sur l'application des recours prévus par la présente loi ou d'autres recours» non spécifiés par la Loi, et d) lorsqu'il se dégage des procédures intentées ^f devant la Commission en vertu de l'art. 18, qu'un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement a existé, ^g comporter une conclusion sur la question de savoir si il ou elle se rattache seulement aux matières décrites au par. 32(2) (les dispositions relatives à l'infraction de complot), et, ^h dans l'affirmative, comporter aussi une conclusion sur la question de savoir si ce complot, etc., a réduit ou semble devoir réduire la concurrence, ⁱ notamment à l'égard des prix, de la production ou d'autres sujets mentionnés au par. 32(3).

^j Je me permets de faire une digression pour souligner qu'en vertu du par. 27(1) (une disposition qu'on trouve dans une autre partie de la Loi) «Toutes les enquêtes prévues par la présente loi doivent être tenues à huis clos». L'article poursuit

may order that all or any portion of such an inquiry that is held before the Commission or any member thereof be conducted in public". It is not clear whether this includes the taking of evidence by the person designated by a Commissioner under s. 17. In this appeal that was the Hearing Officer. By subsection (2) the rule is reversed with respect to all proceedings before the Commission "other than proceedings in relation to an inquiry". Commission proceedings shall be in public unless the Chairman of the Commission orders that they be held in private. Proceedings before the Commission relating to an inquiry shall nevertheless be in private. When subsections (1) and (2) are read together it would appear that an order of the Chairman would be required for the proceeding before the Hearing Officer to be in public and no such order appears on the record. From the transcript it would appear that this evidence was taken by the Hearing Officer in private.

Returning to s. 19, subs. (5) thereof requires that the Commission's report (not the Director's statement of evidence under s. 18) shall be published by the Minister unless the Commission states that "the public interest would be better served" if it were not published. In that event the statute leaves it to the Minister to decide whether or not the report shall be published in whole or in part. These proceedings of course have not reached any such advanced stage. This brings our examination of the investigative program under the statute to s. 20(1) of Part II around which much of the argument in this appeal rotates.

20. (1) A member of the Commission may allow any person whose conduct is being inquired into and shall permit any person who is being himself examined under oath to be represented by counsel.

Presumably subs. (1) applies to all inquiries whether under s. 8 or s. 47 (relating to monopolistic situations), or under s. 17 if that process amounts to an inquiry separate and apart from s. 8, or under s. 18(4) where the Commission itself

cependant: «sauf que le président de la Commission peut ordonner que tout ou partie d'une telle enquête qui a lieu devant la Commission ou l'un de ses membres soit menée en public». Il ne dit pas clairement si cela inclut les témoignages donnés devant la personne désignée par un membre de la Commission en vertu de l'art. 17, en l'espèce devant l'officier enquêteur. Au paragraphe (2), la règle est inversée pour toutes les procédures intentées devant la Commission, «qui ne concernent pas une enquête». Les procédures devant la Commission ont lieu en public à moins que son président n'ordonne le huis clos. Les procédures intentées devant la Commission, qui concernent une enquête, doivent néanmoins avoir lieu à huis clos. Lorsque les par. (1) et (2) sont lus conjointement, il semblerait qu'une ordonnance du président soit nécessaire pour que la procédure qui se déroule devant l'officier enquêteur ait lieu en public; or le dossier ne contient aucune ordonnance en ce sens. D'après la transcription des procédures, il semblerait que l'officier enquêteur a procédé à l'audition des témoignages à huis clos.

Pour en revenir à l'art. 19, son par. (5) exige que le rapport de la Commission (et non l'exposé de la preuve préparé par le directeur en vertu de l'art. 18) soit rendu public par le Ministre à moins que la Commission ne déclare «qu'il serait plus favorable à l'intérêt public» de s'abstenir de le faire. Le cas échéant, la Loi laisse au Ministre le soin de décider si le rapport doit être rendu public en totalité ou en partie. Il va de soi que les procédures en l'espèce n'ont pas atteint un stade aussi avancé. Ce qui nous amène, dans notre examen de la procédure d'enquête prévue par la Loi, au par. 20(1) de la partie II, sur lequel porte une grande partie du débat en l'espèce:

20. (1) Un membre de la Commission peut permettre à toute personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête, et doit permettre à quiconque est personnellement interrogé sous serment d'être représenté par un avocat.

Le paragraphe (1) s'applique vraisemblablement à toutes les enquêtes, qu'elles soient ouvertes en vertu de l'art. 8 ou de l'art. 47 (portant sur les situations de monopole), en vertu de l'art. 17 si cette procédure équivaut à une enquête séparée et

may collect evidence and material in the process of making its report to the Minister. Section 20(2) throws some light on this question. That provision is to the same purpose as s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, and provides that a person ordered by a Commissioner to give evidence or to produce documents may not be excused from doing so because it may tend to criminate him. No evidence so given, however, may be receivable against such person in criminal proceedings (other than perjury) brought against him. This section goes a long way in protecting an individual should criminal proceedings subsequently be commenced. The provision in subs. (2) obviously relates back to s. 8 inquiries in those instances where persons are being examined under oath. It is natural to construe subs. (1) as likewise applying to all inquiries launched under the Act. However, examination under oath only takes place under the Act when an order is made under s. 17 or when the Commission itself conducts a hearing under s. 18 and invokes its powers under the *Inquiries Act*, R.S.C. 1970, c. I-13, under s. 21. There appears to be no provision other than ss. 17 and 21 whereby the Commission can itself take evidence under compulsion. The Director in that case may act as Commission counsel in the examination of a witness before the Commission itself where that witness is brought there by the process authorized under s. 17. Thus section 17 may or may not be employed by the Commission in its hearing procedures following receipt of the Director's statement of evidence.

All this leads up to an examination of the right to counsel when acting under s. 20. Where the coercive powers of the Act are employed to examine a witness, the Commission shall permit the witness to be represented by counsel. This is mandatory and is the right granted by statute whether the examination results from s. 17 or from s. 21. On the other hand, a person whose conduct is being inquired into may be allowed to be repre-

distincte de celle ouverte en vertu de l'art. 8, ou en vertu du par. 18(4) lorsque la Commission entend elle-même les témoins et réunit des pièces dans le cadre de la rédaction de son rapport au Ministre. ^a Le paragraphe 20(2) clarifie quelque peu cette question. Cette disposition vise le même objet que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, et porte que nulle personne à laquelle un membre de la Commission a ordonné ^b de témoigner ou de produire des documents ne peut être dispensée de le faire pour le motif que cela pourrait tendre à l'incriminer. Cependant, nul témoignage ainsi rendu n'est recevable contre cette ^c personne dans des poursuites criminelles (autre que pour parjure) intentées contre elle. Cette disposition protège nettement une personne dans le cas où des poursuites criminelles seraient engagées subséquemment. Le paragraphe (2) vise de toute ^d évidence les enquêtes instituées en vertu de l'art. 8, alors que des personnes sont interrogées sous serment. Il est naturel d'interpréter le paragraphe (1) comme s'appliquant également à toutes les enquêtes ouvertes en vertu de la Loi. Toutefois, il n'y a ^e interrogatoire sous serment en vertu de la Loi qu'à la suite d'une ordonnance rendue en vertu de l'art. 17 ou lorsque la Commission elle-même tient une audience en vertu de l'art. 18 et invoque les pouvoirs que lui attribue la *Loi sur les enquêtes*, S.R.C. 1970, chap. I-13, aux termes de l'art. 21. Il ^f semble n'y avoir aucune disposition, autre que les art. 17 et 21, qui permette à la Commission elle-même de contraindre à témoigner. Le directeur, ^g dans ce cas, peut agir comme avocat de la Commission lors de l'interrogatoire d'un témoin devant elle, lorsque ce témoin est assigné selon la procédure prévue à l'art. 17. Ainsi la Commission peut ou non avoir recours à l'art. 17 au cours de sa ^h procédure d'audition après réception de l'exposé de la preuve du directeur.

Tout cela mène à un examen du droit à un avocat lorsqu'on agit en vertu de l'art. 20. Lorsqu'elle a recours au pouvoir d'assignation que lui confère la Loi pour interroger un témoin, la Commission doit autoriser celui-ci à être représenté par un avocat. Cela est obligatoire et il s'agit d'un ⁱ droit conféré par la Loi, peu importe que l'interrogatoire résulte de l'art. 17 ou de l'art. 21. Par ailleurs, la personne dont la conduite fait l'objet

sented by counsel, but not as of right. Thus, where the Director is gathering evidence under s. 9 (requisitioning returns of information), s. 10 (entry into premises), s. 11 (inspection of documents), and s. 12 (requiring evidence upon affidavit where authorized by a Commissioner), no absolute right to counsel arises in the person affected by any such processes.

Where the person under investigation in any inquiry becomes aware of that fact, he may be allowed by a Commissioner to be represented by counsel. Thus the Commissioner has a discretion to allow counsel at any stage of an inquiry whether or not coercive measures have been invoked; but no right to counsel arises in the investigated person in any of these circumstances. It could be strongly argued that s. 20 does not relate to inquiries generally under the Act but only to inquiries in which s. 17 is employed. Considering the setting of s. 20(1) in the Act I conclude, however, that the section applies generally to all inquiries, to the extent and in the manner discussed above.

There are several relevant but unconnected sections of the Act which should be noted. For example, in Part III, "General", s. 26 authorizes the Minister at any time to require the Director to submit an interim report on any inquiry by him under the Act which report shall set out the action taken, the evidence obtained and "the Director's opinion as to the effect of the evidence". Nothing is said as to what the Minister must or may do with any such report. Section 27.1 authorizes the Director, either on his own initiative or when requested by a federal board or the Minister, to make representations to any federal board and to call evidence before any such board in respect of the maintenance of competition. The section does not relate necessarily to any inquiry being then or theretofore undertaken by the Director. In Part IV, "Special Remedies", s. 28 authorizes the Governor in Council, whenever as the result of an

d'une enquête peut être autorisée à se faire représenter par un avocat; cette représentation n'est pas de plein droit. Ainsi, lorsque le directeur réunit des éléments de preuve en vertu de l'art. 9 (demande de rapport contenant des renseignements), de l'art. 10 (entrée dans des lieux), de l'art. 11 (examen de documents) et de l'art. 12 (demande de preuve par affidavit lorsque cela est autorisé par un membre de la Commission), aucun droit absolu à un avocat n'existe pour la personne touchée par ces procédures.

Lorsque la personne qui fait l'objet de l'enquête prend conscience de ce fait, elle peut être autorisée par un membre de la Commission à être représentée par un avocat. Ainsi le membre de la Commission a le pouvoir discrétionnaire d'admettre un avocat à tout stade de l'enquête, que des mesures de contrainte aient ou non été requises; mais la personne qui fait l'objet de l'enquête n'a de droit formel à un avocat dans aucune de ces circonstances. On pourrait soutenir avec poids que l'art. 20 se rapporte non pas aux enquêtes ouvertes en vertu de la Loi en général, mais uniquement aux enquêtes où on a eu recours à l'art. 17. Compte tenu de l'endroit où est placé le par. 20(1) dans la Loi, je conclus toutefois que l'article s'applique de manière générale, à toutes les enquêtes, dans la mesure et de la manière discutées auparavant.

Il y a dans la Loi plusieurs dispositions qui, tout en n'ayant aucun lien entre elles, sont utiles et méritent d'être soulignées. Par exemple, dans la partie III intitulée «Dispositions générales», l'art. 26 autorise le Ministre à demander, à tout moment, au directeur de soumettre un rapport provisoire au sujet de toute enquête qu'il poursuit sous le régime de la Loi, lequel rapport doit indiquer les mesures prises, la preuve obtenue et «l'opinion du directeur sur l'effet de la preuve». On ne dit rien au sujet de ce que le Ministre doit ou peut faire de ce rapport. Aux termes de l'art. 27.1, le directeur peut, de sa propre initiative ou à la demande d'un organisme fédéral ou du Ministre, présenter des observations et des éléments de preuve à cet organisme fédéral au sujet du maintien de la concurrence. L'article ne vise pas nécessairement une enquête tenue alors ou jusque-là par le directeur. À la partie IV intitulée «Recours

inquiry under the Act or of a judgment of a court it appears to the satisfaction of the Governor in Council that a conspiracy, combination, agreement or arrangement, merger or monopoly has existed with reference to any article to promote unduly the advantage of manufacturers and others at the expense of the public, to direct that such article may be admitted free or at reduced import duty rates which, in the opinion of the Governor in Council will “give the public the benefit of reasonable competition”. The Director is given no part to play in connection with either the operation of s. 28 or the origins of the administrative action giving rise to the action taken under s. 28. The section does not articulate any connection or channel of communication between the Director or the Commission with respect to an inquiry under the Act, and the Governor in Council. Part IV.1, “Matters Reviewable by Commission”, makes a similar reference to a process whereby the Commission may recommend to the Minister of Finance that duties of customs be removed and the Commission may order a supplier to accept a specified person as a customer (s. 31.2). This process may originate “on application by the Director” to the Commission and is predicated upon the Commission making a recommendation to the Minister of Finance. Again no reference is made in the provision to a requirement of an inquiry by the Director or to a report by the Director as a result of an inquiry. Part VII, “Investigation of Monopolistic Situations”, includes s. 47 which authorizes the Director, on his own initiative or on direction from the Minister or the Commission, to carry out an inquiry into conditions or practices relating to any product where such conditions or practices are related to monopolistic situations or restraint of trade. The section concludes with this broad mandate:

47. (1) The Director . . .

(b) upon direction from the Minister shall carry out a general inquiry into any matter that the Minister

spéciaux», l’art. 28 autorise le gouverneur en conseil, chaque fois que, par suite d’une enquête tenue sous le régime de la Loi ou d’un jugement d’un tribunal judiciaire, il est convaincu qu’il a existé, au sujet d’un article, quelque complot, association d’intérêts, accord, arrangement, fusion ou monopole en vue d’avantager indûment les fabricants ou d’autres personnes au détriment du public, à prescrire que cet article soit admis en franchise ou que les droits de douane sur celui-ci soient abaissés au taux qui, à son avis, «procurera au public le bénéfice d’une concurrence raisonnable». Le directeur ne se voit attribuer aucun rôle à jouer tant en ce qui concerne l’application de l’art. 28 qu’en ce qui a trait à l’action administrative initiale à l’origine des mesures prises en vertu de l’art. 28. L’article n’établit aucun rapport ni aucune voie de communication entre, d’une part, le directeur ou la Commission pour ce qui est de la tenue d’une enquête en vertu de la Loi et, d’autre part, le gouverneur en conseil. La partie IV.1, intitulée «Affaires que la Commission peut examiner», mentionne de même une procédure par laquelle la Commission peut recommander au ministre des Finances d’accorder une exonération de droits de douane et la Commission peut ordonner à un fournisseur de prendre une personne spécifiée comme cliente (art. 31.2). Cette procédure peut faire suite à «une demande du directeur» adressée à la Commission et est assujettie à une recommandation de la Commission au ministre des Finances. Ici encore, aucune mention n’est faite dans la disposition de l’obligation pour le directeur de tenir une enquête ou de soumettre un rapport au terme d’une enquête. La partie VII, intitulée «Investigation des situations de monopole», comporte l’art. 47 aux termes duquel le directeur peut, de sa propre initiative, et doit, sur l’ordre du Ministre ou de la Commission, procéder à une enquête sur les conditions ou pratiques relatives à un produit quelconque dans le cas où ces conditions ou pratiques se rattachent à des situations de monopole ou de restriction du commerce. L’article se termine en conférant le large mandat suivant:

47. (1) Le directeur . . .

b) doit, sur l’ordre du Ministre, procéder à une enquête générale sur toute question que le Ministre

certifies in the direction to be related to the policy and objectives of this Act . . .

The subsection concludes that any inquiry made under this subsection “shall be deemed to be an inquiry under section 8”.

To complete the description of this feature in the statute s. 47(2) should be set out:

47. . . .

(2) It is the duty of the Commission to consider any evidence or material brought before it under subsection (1) together with such further evidence or material as the Commission considers advisable and to report thereon in writing to the Minister, and for the purposes of this Act any such report shall be deemed to be a report under section 19.

This subsection provides for the continued processing by the Commission of the results of the Director’s inquiry and the information thereby derived, leading to a report to the Minister by the Commission which “shall be deemed to be a report under s. 19”. Thus Part VII establishes a parallel to the process established under Parts I and II. As we shall see, the Court of Appeal concluded that the inquiry in question here might well have been a process under either s. 8 (Part I) or s. 47 (Part VII). The trial judge assumed (as did the appellants in the Supplementary Application) without discussion that it was a proceeding under s. 8.

The foregoing statutory structure is complex and extensive but does not appear to be fully articulated and certainly raises many questions as to the meaning and intent of some of its provisions. The operations of the Director, the Commission and the three Ministers involved are not coordinated in detail or completely. These several statutory procedures may be summarized as follows. The Director may:

- (a) submit records and evidence obtained on an inquiry to the Attorney General of Canada who may prosecute;
- (b) make an interim report at the request of the Minister in the course of any inquiry and shall

certifie, dans son ordre, se rattacher aux buts et aux principes directeurs de la présente loi . . .

En conclusion, le paragraphe porte que toute enquête tenue en vertu de ce paragraphe «est réputée une enquête prévue par l’article 8».

Pour compléter la description de cet aspect de la Loi, il convient de reproduire ici le par. 47(2):

b 47. . . .

(2) Il est du devoir de la Commission d’examiner toute preuve ou matière qui lui est soumise en vertu du paragraphe (1), ainsi que la preuve ou matière nouvelle qu’elle estime opportun d’étudier, et d’en faire rapport par écrit au Ministre et, pour les fins de la présente loi, tout semblable rapport est réputé un rapport prévu par l’article 19.

Ce paragraphe assure que la Commission examinera les résultats de l’enquête du directeur et les données ainsi recueillies et qu’elle en fera rapport au Ministre, lequel rapport «est réputé un rapport prévu par l’article 19». Ainsi la partie VII établit une procédure parallèle à celle prévue par les parties I et II. Comme nous le verrons, la Cour d’appel a conclu que l’enquête en l’espèce aurait fort bien pu être une procédure tant en vertu de l’art. 8 (de la partie I) que de l’art. 47 (de la partie VII). Le juge de première instance a présumé (comme l’ont fait les appelants dans la requête supplémentaire), sans plus, qu’il s’agissait d’une procédure en vertu de l’art. 8.

La structure législative qui précède est complexe et fort élaborée, mais elle ne semble pas parfaitement claire et il ne fait pas de doute qu’elle soulève plusieurs questions quant au sens et à l’objet de certaines de ses dispositions. Les activités du directeur, de la Commission et des trois ministres dont il est question ne sont ni parfaitement ni entièrement coordonnées. Ces différentes procédures prévues par la Loi peuvent être résumées ainsi. Le directeur peut:

- a) remettre les dossiers et les éléments de preuve réunis au cours d’une enquête au procureur général du Canada qui peut intenter des poursuites;
- b) rédiger un rapport provisoire à la demande du Ministre au cours de toute enquête, et il doit

be required to express his opinion as to the effect of the evidence;

- (c) be requested or may on his own motion make presentations unrelated to any inquiry to any federal board;
- (d) may and shall, if required by the Minister, submit a statement of evidence obtained on an inquiry to the Commission and give copies thereof to all against whom allegations are therein made.

In all these functions the Director makes no decisions in the sense of a final determination of a right or an interest. He makes recommendations and allegations and forms opinions for consideration by others and sometimes only gathers facts and information for consideration by Ministers or by the Commission.

The Commission has the following duties under this investigatory scheme:

- (a) to order witnesses be examined on oath or produce books, papers, records or other documents and to enforce such orders;
- (b) to receive statements of evidence from the Director and to conduct hearings in the course of considering such statements;
- (c) to make reports to the Minister in which recommendations are made as to available and appropriate remedies;
- (d) to make reports to the Minister wherein findings may be made as to whether conspiracy and other arrangements occurred which are likely to lessen competition;
- (e) and may recommend to the Minister of Finance that duties be removed or reduced and may order that suppliers accept certain persons as customers. There is nothing in the Act whereby the Minister may act on such a recommendation. Section 28 gives such authority to the Governor in Council.

In summary, the Commission's role is largely performed in the second stage and consists of process-

donner son avis sur l'effet des éléments de preuve réunis;

- c) sur demande ou de sa propre initiative, présenter des observations, sans rapport avec une enquête quelconque, à tout organisme administratif fédéral;
- d) de sa propre initiative, et doit, à la demande du Ministre, remettre à la Commission un exposé de la preuve obtenue au cours d'une enquête et en fournir copie à chaque personne contre qui une allégation y est faite.

Dans l'exercice de ses fonctions, le directeur ne prononce pas de décision, au sens de statuer d'une manière définitive sur un droit ou un intérêt. Il fait des recommandations et des allégations et se fait une opinion que d'autres examineront; parfois aussi, il se borne à réunir des faits et des renseignements qui seront étudiés par les ministres ou la Commission.

La Commission se voit conférer les responsabilités suivantes en vertu de ce système d'enquête:

- a) ordonner l'interrogatoire sous serment des témoins et la production de livres, documents, archives ou autres pièces et assurer l'exécution de ces ordonnances;
- b) recevoir du directeur les exposés de la preuve obtenue et tenir des audiences dans le cadre de l'examen de ces exposés;
- c) rédiger, à l'intention du Ministre, des rapports comportant des recommandations quant aux recours appropriés possibles;
- d) rédiger, à l'intention du Ministre, des rapports qui peuvent comprendre des conclusions sur la question de savoir s'il y a eu des complots ou d'autres arrangements susceptibles de réduire la concurrence;
- e) et peut recommander au ministre des Finances la réduction ou la suppression de droits de douane et ordonner à certains fournisseurs de prendre certaines personnes comme clientes. Rien dans la Loi n'autorise le Ministre à agir sur le fondement d'une telle recommandation. C'est le gouverneur en conseil qui est autorisé à le faire en vertu de l'art. 28.

En résumé, la Commission n'entre surtout en scène qu'au second stade et son rôle consiste à traiter les

ing of information gleaned by the Director in the exercise of his investigatory function.

The Act authorizes actions of one type or another by three Ministers, the Minister of Consumer and Corporate Affairs, the Minister of Finance and the Attorney General of Canada. The Minister of Consumer and Corporate Affairs is the primary Minister responsible for the administration of the statute. The statute confers no power on the Minister to act upon any report, recommendation or finding by the Commission except to decide whether to publish the Commission's report. The Attorney General of Canada may institute and prosecute charges under the Act but does not receive recommendations in that connection from the Director nor is the Director involved in the process of the laying of charges or the prosecution. The Minister of Finance is given no express authority under the Act but presumably, as an advisor to the Governor in Council, he may serve as the link between the Commission and its recommendations with reference to customs duties and the reduction or removal of duties by the Governor in Council.

That, in overall view, is the regulatory pattern established by the Act. The entire administration of this Act is done in private except where publication of the Commission's report or the conduct of Commission hearings is directed, and the conduct of prosecutions. At the stage of the administrative process reached here, nothing has been done in public except the application to the Federal Court and to this Court.

A threshold issue arises as to whether, on a motion challenging the rulings of the Hearing Officer, the Court can consider the validity of the order under which the inquiry process in question was instituted. Some of the appellants have submitted that the Director, before invoking the coercive powers in s. 17, must disclose reasonable cause for initiating the inquiry. The Hearing Officer ruled that the Director need not reveal any "objective cause" to the parties being investigated. These appellants say this renders the whole process invalid. The trial judge concluded firstly that this objection should have been raised in separate proceedings under ss. 18 or 28 of the *Federal Court*

renseignements obtenus par le directeur dans l'exercice de ses fonctions d'enquête.

La Loi autorise trois ministres à agir d'une manière ou d'une autre, savoir le ministre de la Consommation et des Corporations, le ministre des Finances et le procureur général du Canada. Le ministre de la Consommation et des Corporations est le premier responsable de l'application de la Loi. La Loi ne lui confère aucun pouvoir d'agir sur la foi d'un rapport, d'une recommandation ou d'une conclusion de la Commission, si ce n'est le pouvoir de décider de publier ou non le rapport de la Commission. Le procureur général du Canada peut intenter et exercer des poursuites en vertu de la Loi, mais le directeur ne lui fait aucune recommandation en ce sens et ne participe pas non plus à la procédure d'inculpation ou à la poursuite. La Loi ne confère expressément aucune attribution au ministre des Finances mais, présumément, à titre de conseiller du gouverneur en conseil, il peut servir de maillon entre la Commission et ses recommandations quant aux droits de douane et la suppression ou réduction de droits par le gouverneur en conseil.

Voilà un aperçu général du régime de réglementation qu'établit la Loi. Toute son application se fait à huis clos, sauf s'il est ordonné que le rapport ou les audiences de la Commission soient rendus publics et s'il y a des poursuites. Au stade de la procédure administrative, que l'on a atteint en l'espèce, rien n'a encore été fait en public si ce n'est la requête adressée à la Cour fédérale et à cette Cour.

Une question préliminaire se pose quant à savoir si, à la suite d'une requête en contestation des décisions de l'officier enquêteur, la Cour peut examiner la validité de l'ordonnance en vertu de laquelle la procédure d'enquête en cause a été engagée. Certains des appelants ont fait valoir que le directeur, avant d'invoquer les pouvoirs de contrainte de l'art. 17, doit révéler un motif raisonnable d'ouvrir l'enquête. L'officier enquêteur a décidé que le directeur n'avait pas à révéler quel que « motif objectif » aux parties faisant l'objet de l'enquête. Ces appelants prétendent que cela a pour effet d'invalidier toute la procédure. Le juge de première instance a conclu premièrement que

Act "against the authority of the Director"; and in any case cannot be brought forward in proceedings which only attack rulings made by the Hearing Officer. The Court of Appeal agreed and concluded that the process under s. 17 is limited to an examination of witnesses before the Hearing Officer designated by the Chairman of the Commission, all of which was done within the terms of s. 17. Hence, in the view of that court, the broader issue of the validity of the inquiry does not arise.

Sections 17 and 8 are both silent on the issue of disclosure and certainly prescribe no such prerequisite disclosure by the Director. Furthermore, the pattern cut by the statute does not confine the activities of the Director to an inquiry in the formal sense. Section 8, for example, describes three situations in which the Director "shall . . . cause an inquiry to be made"; but the section is not exclusive. Section 17 makes no reference to an inquiry under s. 8 or otherwise. Other sections in the Act, such as ss. 18, 26 and 47, refer to "an inquiry" but again are functionally limited. Where the legislature or Parliament wishes to establish a condition precedent to the launching of an inquiry, the legislature is free to do so. This requirement is found in the *Collection Agencies Act* of Ontario [R.S.O. 1980, c. 73]. See *Re Armstrong Commercial Investigators of Canada Ltd. and Turner* (1975), 9 O.R. (2d) 284. See also *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729, re the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148. It should be observed that s. 18(1)(b) indicates that an inquiry may relate to an offence under Part V but also that the inquiry may relate to something apart from an alleged offence under Part V. The section does not prescribe or imply any preliminary requirement that the Director disclose to someone the grounds for commencing an inquiry. Where the inquiry is commenced by reason of one of the three conditions described in s. 8, disclosure might be made to the persons being examined, the Commissioner who issued the order for examination under s. 17, or perhaps the Hearing Officer. The section is silent on all these

cette objection aurait dû être soulevée dans une procédure séparée, fondée sur les art. 18 ou 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, «en évocation de cette autorisation du directeur», et que, de toute façon, elle ne saurait être soulevée au cours d'une procédure en évocation de certaines décisions de l'officier enquêteur uniquement. La Cour d'appel s'est dite d'accord avec cela et a conclu que la procédure fondée sur l'art. 17 se limite à l'interrogatoire des témoins assignés devant l'officier enquêteur par le président de la Commission, ce qui a été fait conformément à l'art. 17. C'est pourquoi, de l'avis de cette cour, la question plus générale de la validité de l'enquête ne se pose pas.

Les articles 17 et 8 ne disent rien au sujet de la question de la divulgation et il est certain qu'ils ne prescrivent aucune divulgation préalable de ce genre par le directeur. De plus, l'économie de la Loi ne confine nullement les activités du directeur à une enquête au sens formel. L'article 8, par exemple, décrit trois situations dans lesquelles le directeur «doit . . . faire étudier toutes questions qui . . . nécessitent une enquête»; mais cet article n'a rien d'exclusif. L'article 17 ne fait mention d'aucune enquête fondée sur l'art. 8 ou sur une autre disposition. D'autres articles de la Loi, tels les art. 18, 26 et 47, parlent d'«une enquête», mais ceux-ci, ici encore, ont une fonction limitée. Lorsque le législateur, fédéral ou provincial, souhaite établir une condition préalable à l'ouverture d'une enquête, il est libre de le faire. Cette exigence se retrouve dans la *Collection Agencies Act* de l'Ontario [R.S.O. 1980, chap. 73]. Voir *Re Armstrong Commercial Investigators of Canada Ltd. and Turner* (1975), 9 O.R. (2d) 284. Voir aussi *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729, concernant la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada, [S.R.C. 1952, chap. 148]. On observera que l'al. 18(1)(b) indique qu'une enquête peut se rapporter à une infraction à la partie V, mais aussi qu'elle peut se rapporter à autre chose qu'une prétendue infraction à la partie V. La disposition ne prescrit pas ou ne laisse pas entendre, à titre d'exigence préalable, que le directeur est tenu de divulguer à quelqu'un les motifs justifiant l'ouverture d'une enquête. Lorsqu'une enquête est ouverte en raison de l'une des trois conditions décrites à l'art. 8, une telle divulgation

matters. Certainly there would be no one to whom disclosure could be required where the inquiry is launched under s. 8(c) because there the inquiry is directed by the Minister.

We of course do not have in the record as filed by the appellants a copy of the initiating order by the Chairman of the process authorized under s. 17. It may well be that the *ex parte* application by the Director reveals a ground or basis for seeking the order for the examination of witnesses under oath and the production of documents. Because that order has not been challenged and has not been produced to the Court, a court must presume that all steps prescribed, expressly or by implication, under the statute have been taken. The presumption of regularity of process would fill in any gap which might have in fact occurred. (See *Point of Ayr Collieries, Ltd. v. Lloyd-George*, [1943] 2 All E.R. 546 (C.A.); Wade, *Administrative Law* (5th ed. 1982), at p. 305.)

The next question is whether there is a further duty in the Director to disclose such belief to the person named in the order. The statute is silent. It does not direct the Commission to certify the existence of such a belief in the applicant Director. It does not direct the Director to communicate to persons in the position of the appellants his reason to believe that any of the conditions described in s. 8(b) exist. There is no linkage in the statute between ss. 8 and 17. There is in short no basis in the statute for the order sought in the supplementary application by the appellants. It is reasonable to construe this provision, establishing as it does an investigatory process, requiring nothing more of the Director than that he disclose such basis for his investigation when he seeks to invoke the coercive provisions of the Act, such as s. 17. In that case, disclosure would be to the Commissioner from

pourrait être faite aux personnes interrogées, au membre de la Commission qui a rendu l'ordonnance d'interrogatoire en vertu de l'art. 17 ou, peut-être même, à l'officier enquêteur. La disposition est silencieuse sur tous ces points. Il est certain que, dans le cas d'une enquête ouverte en vertu de l'al. 8c), il n'y aurait personne à qui on pourrait exiger qu'une divulgation soit faite étant donné que l'enquête est alors ordonnée par le Ministre.

Bien entendu, nous ne disposons pas dans le dossier produit par les appelants d'une copie de l'ordonnance du président, introductive de la procédure autorisée en vertu de l'art. 17. Il se peut que la demande *ex parte* du directeur révèle le motif pour lequel a été demandée l'ordonnance d'interrogatoire des témoins sous serment et de la production des documents. Comme cette ordonnance n'a été ni contestée ni déposée à la Cour, celle-ci doit, comme tout tribunal, présumer que toutes les mesures prescrites, expressément ou implicitement, par la Loi ont été prises. La présomption de régularité de la procédure viendrait combler toute lacune qui aurait pu se produire. (Voir *Point of Ayr Collieries, Ltd. v. Lloyd-George*, [1943] 2 All E.R. 546 (C.A.); Wade, *Administrative Law* (5th ed. 1982), à la p. 305.)

La question qui se pose ensuite est de savoir s'il y a obligation additionnelle pour le directeur de divulguer une telle conviction à la personne désignée dans l'ordonnance. La Loi ne dit rien là-dessus. Elle n'ordonne pas à la Commission de certifier que le directeur requérant a une telle conviction. Elle n'ordonne pas au directeur de communiquer aux personnes qui sont dans la situation des appelants ses motifs de croire à l'existence de l'une des conditions prévues à l'al. 8b). Il n'y a pas de rapport dans la Loi entre les art. 8 et 17. Bref, il n'y a rien dans la Loi qui justifie l'ordonnance que cherchent à obtenir les appelants dans leur requête supplémentaire. Il est raisonnable d'interpréter cette disposition, qui établit la procédure d'enquête, comme ne requérant du directeur rien de plus que la divulgation du fondement de son enquête lorsqu'il cherche à recourir aux mesures de contrainte prévues par la Loi, comme celles de l'art. 17. Dans ce cas, il y aurait divulgation au membre de la Commission à qui on demande de

whom the order summoning witnesses is sought. Yet that section is silent on the matter as well.

In my view, the appellants are not entitled at this stage of the statutory investigatory process to an order quashing the inquiry by reason of the failure of the Director to disclose to those being examined under s. 17 or are being investigated under ss. 8 or 47 of the Director's reason for belief that one or more of the conditions in s. 8(b) exist.

This brings us to the central issue, the nature and extent of the role of the several counsel for the applicants "allowed" or "permitted" to represent the applicants under s. 20(1) of the Act. It is observed at once that counsel and applicants alike seem to have assumed from the outset, and at least until well into the hearings, that the Hearing Officer was a member of the Commission. Until the steps leading to the commencement of these proceedings were taken, no application was made by any party to the proceedings for an order under s. 20(1) for representation by counsel because it was not appreciated that the Hearing Officer was not a member of the Commission. In the meantime, counsel had "appeared" before and had been "permitted" by the Hearing Officer to represent many of the persons named in the order as witnesses to be examined before the Hearing Officer. In all, eighteen of the twenty-nine witnesses named in the orders of the Chief Commissioner appeared with or through counsel. In addition, eleven companies to whom notices had been sent by the Director were likewise represented by counsel before the Hearing Officer.

There is no evidence that any party desiring representation by counsel was not in fact so represented in the proceeding before the Hearing Officer. I proceed into this question on the basis that all counsel who appeared were treated by the Hearing Officer as though all such counsel had been formally "permitted" or "allowed", as the case may be, under s. 20(1).

rendre l'ordonnance d'assignation des témoins. Et pourtant, cet article est lui aussi silencieux sur ce sujet.

À mon avis, les appelants n'ont pas droit, à ce stade de la procédure d'enquête prévue par la Loi, à une ordonnance annulant l'enquête en raison de l'omission de la part du directeur de divulguer, à ceux qui sont interrogés en vertu de l'art. 17 ou qui font l'objet d'une enquête en vertu des art. 8 ou 47, les motifs qu'il a de croire à l'existence de l'une ou de plusieurs des conditions prévues à l'al. 8b).

Ce qui nous amène au principal point en litige, savoir la nature et l'étendue du rôle des divers avocats des requérants qui ont reçu la «permission» de les représenter en vertu du par. 20(1) de la Loi. On observe immédiatement que les avocats et les requérants semblent avoir présumé dès le départ, ou à tout le moins jusqu'à un stade avancé des auditions, que l'officier enquêteur était un membre de la Commission. Jusqu'à ce que les mesures qui ont mené à l'introduction de la présente instance aient été prises, aucune des parties à l'instance n'a demandé de rendre une ordonnance, fondée sur le par. 20(1), lui permettant d'être représentée par un avocat, parce qu'on ne s'était pas rendu compte que l'officier enquêteur n'était pas un membre de la Commission. Entre temps, les avocats avaient «comparu» devant l'officier enquêteur qui leur avait «permis» de représenter un bon nombre des personnes que l'ordonnance désignait comme témoins devant être interrogés devant l'officier enquêteur. En tout, dix-huit des vingt-neuf témoins désignés dans les ordonnances du commissaire en chef ont comparu en compagnie d'un avocat ou se sont fait représenter par un avocat. En outre, onze sociétés, auxquelles le directeur avait envoyé des avis, étaient également représentées par un avocat devant l'officier enquêteur.

Il n'existe aucune preuve qu'aucune des parties qui voulaient être représentées par un avocat n'a pas en fait été ainsi représentée au cours de la procédure devant l'officier enquêteur. Je traite de cette question en tenant pour acquis que l'officier enquêteur a considéré que tous les avocats qui ont comparu avaient reçu formellement la «permission» de le faire en vertu du par. 20(1).

The real question therefore is the determination of the rights of a person “whose conduct is being inquired into”, and of a person being examined as a witness, in relation to the conduct of an inquiry under the Act, and specifically of the rights of their counsel, once “allowed” or “permitted”, under s. 20(1) of the Act. This leads to more detailed and practical questions such as the rights of either person or their counsel to be present throughout the inquiry and the rights of their counsel to cross-examine witnesses and to call and examine other witnesses.

The statutory provision (s. 20(1)) is terse. The words critical to this appeal are “to be represented by counsel”. How should a court properly interpret those words in the context of the Act? They reached the statute with a minimum of judicial interpretation but a wealth of historical usage in our jurisprudence.

The institution of the counsel has been a part of our legal system for at least seven centuries. The practice and later the right to counsel carried with it the right of the litigant to speak to the courts through counsel but not necessarily to be bound (in contrast to the ancient attorney) by what counsel says on behalf of the litigant. See Pollock and Maitland, *The History of English Law*, vol. 1, 2nd ed., at p. 212. By the late 1200’s in the reign of Edward I the counsellor, by a variety of names and titles, attained the first stage of professional recognition sometimes referred to as narrators, coun-tors, serjeants-at-law, apprentices, advocates and eventually barristers. From 1292 the courts began to appoint with royal authority these professional spokesmen for litigants, who would serve the monarch and the people in the courts of the land with a status later described as an “officer of the court”. The early texts make a distinction between the attorney or solicitor who “represents” and stands in the place of their client; and the counsellor who speaks on behalf of a litigant but in the presence of that litigant or the litigant’s attorney. This gradual evolutionary process of the litigant’s spokesman, the counsellor, is easy to discern in our

Donc, le véritable problème qui se pose consiste à déterminer les droits de la personne «dont la conduite fait l’objet d’une enquête» et du témoin interrogé dans le cadre d’une enquête effectuée en vertu de la Loi, et plus précisément, les droits de leurs avocats une fois qu’ils ont reçu la «permission» de les représenter en vertu du par. 20(1) de la Loi. Cela nous amène à d’autres questions plus détaillées et pratiques, comme les droits de ces personnes ou de leurs avocats d’être présents pendant toute l’enquête et les droits de leurs avocats de contre-interroger des témoins et de citer et d’interroger d’autres témoins.

La disposition législative (par. 20(1)) est laconique. Les termes «d’être représenté par un avocat» sont décisifs en l’espèce. Dans quel sens un tribunal doit-il interpréter ces termes dans le cadre de la Loi? Ces termes qu’on trouve dans la Loi ont été peu interprétés par les tribunaux, même si historiquement on en a fait abondamment usage dans notre théorie du droit.

L’institution que représentent les avocats fait partie intégrante de notre système de droit depuis au moins sept siècles. La pratique du recours à un avocat, et plus tard le droit à l’assistance d’un avocat, emportait le droit pour le justiciable de s’adresser aux tribunaux par l’intermédiaire de son avocat sans être nécessairement lié (contrairement à ce qui était le cas avec l’ancien procureur) par ce que l’avocat disait en son nom. Voir Pollock and Maitland, *The History of English Law*, vol. 1, 2nd ed., à la p. 212. Vers la fin du XIII^e siècle, sous le règne d’Edouard 1^{er}, le conseil, sous divers noms et titres, acquiert une première reconnaissance professionnelle; on l’appelle parfois narrateur, chroniqueur, sergent de justice, apprenti, avocat, et enfin *barrister*. À compter de 1292, les tribunaux commencent à nommer, avec l’autorisation royale, ces porte-paroles professionnels du justiciable qui sont au service tant du monarque que du peuple devant les tribunaux du pays et qui ont le statut, selon une description ultérieure, «d’officiers de justice». Les textes les plus anciens font la distinction entre le procureur ou *solicitor* qui «représente» son client et le remplace, et le conseil, qui s’exprime au nom du justiciable mais en présence de celui-ci ou de son

legal history; but the rights and duties of the counsellor have evaded precise classification.

In return for the exclusive professional right of representation there arose in the counsel duties owed to both the clients and the tribunal. These duties developed in the traditional courtrooms, both criminal and civil. All this in the modern era is succinctly described in *Halsbury's Laws of England*, vol. 3, 4th ed., p. 619, para. 1137:

A barrister has a duty to his client fearlessly to raise every issue, advance every argument and ask every question, however distasteful, which he properly may and which he thinks will help his client's case, without regard to any unpleasant consequences to himself or any other person. In the interests of the administration of justice, however, a barrister has an overriding duty to the court, to the standards of his profession and to the public. Thus, he must not knowingly mislead the court; this duty prevails over that he owes to his client.

To reach the territory of this appeal we must determine the position of counsel in a setting not traditionally known as curial but not entirely informal either. The law in this country relating to the rights of parties to participate in proceedings outside the traditional court and the modes of such participation has passed through three basic stages. In the first stage, which extended to about 1975, the courts, in determining the extent of the rights and obligations of counsel, were concerned with the nature of the tribunal and the proceeding in question. The second stage began with the introduction of the doctrine of "fairness" to the common law culminating in the decision in this court in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. The third stage opened with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in 1982. In all these stages the right of a person to attend or participate in a hearing, to have counsel in attendance, and the rights or role of counsel are

procureur. Cette évolution progressive du porte-parole du justiciable, le conseil, est facile à discerner dans l'histoire de notre droit; mais les droits et obligations du conseil ont échappé à toute classification précise.

En contrepartie du droit exclusif de représentation professionnelle, les avocats se sont vu imposer des obligations tant envers leurs clients qu'envers le tribunal. Ces obligations ont été dégagées dans les prétoires traditionnels, tant criminels que civils. Tout ceci, à l'époque moderne, est succinctement décrit dans *Halsbury's Laws of England*, vol. 3, 4th ed., p. 619, par. 1137:

[TRADUCTION] Le «barrister» a envers son client l'obligation de soulever sans hésitation tout point, de faire valoir tout argument et de poser toute question, si déplaisant soit-il, qui peut adéquatement aider, et qu'il pense pouvoir aider la cause de son client, sans égard aux conséquences déplaisantes éventuelles pour lui-même ou pour toute autre personne. Cependant dans l'intérêt de l'administration de la justice, le «barrister» a une obligation primordiale envers le tribunal, les normes de sa profession et le public. Ainsi il ne doit pas induire volontairement le tribunal en erreur; cette obligation prévaut sur celle qu'il a envers son client.

Pour en venir à l'objet du litige, nous devons déterminer quelle est la position des avocats dans un forum différent du prétoire traditionnel sans toutefois être entièrement informel. Le droit qui, dans notre pays régit le droit des parties de participer à une instance qui ne se déroule pas devant un tribunal traditionnel et les modalités de cette participation a franchi trois étapes importantes. Au cours de la première étape, qui a duré jusque vers 1975, les tribunaux, quand ils statuaient sur l'étendue des droits et des obligations des avocats, s'intéressaient à la nature du tribunal et de l'instance en question. La seconde étape a commencé avec l'introduction du principe de «l'équité» dans la *common law* et a abouti à l'arrêt de cette Cour *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311. La troisième étape a commencé avec l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982. À toutes ces étapes, le droit d'assister ou de participer à une audience, d'être en présence d'un avocat, les droits ou le rôle de cet avocat ont été entremêlés et généralement considé-

all mingled and generally treated by the courts as raising the same principles in law.

In the “pre-fairness” era these rights to appear and to have counsel turned upon the classification in law of the tribunal or proceeding in question. If the body was “adjudicative” in nature these rights were more extensively recognized than where the process was “investigative”. The process of classification created arbitrary distinctions. Sometimes the yardstick was the availability of the prerogative writ for the review of the proceeding in question. If the tribunal had no authority to pronounce judgment or impose legal obligations, and the tribunal was established within the jurisdiction of the appointing authority, the proceeding was classified as investigative. (See *Godson v. City of Toronto* (1890), 18 S.C.R. 36, even though the county judge there conducting the inquiry was directed to determine if the city had been defrauded by a named party and others unidentified or by any persons having contracts with the city.) This rule came under scrutiny when the Court was concerned with the rights of a person being investigated in an inquiry under provincial securities regulations which was held in private. By reason of the investigative nature of the inquiry, the corporations whose officers were being investigated had no right to notice or to attend or to cross-examine witnesses who gave evidence which was potentially against the interests of such persons (*St. John v. Fraser*, [1935] S.C.R. 441). The issue was the right of counsel for such persons to cross-examine other witnesses appearing during the investigation. Counsel had every opportunity to attend and to take part in the examination of his client by the inquiry. In denying the application for an injunction against the inquiring officer, Crocket J. stated at p. 445:

Unless by virtue of other provisions of the statute it can properly be held that the investigation was a judicial or quasi-judicial proceeding and that the opportunity of cross-examining any witness examined by the investigator on matters affecting the appellants’ status or reputation was such an essential requirement in the conduct of

rés par les tribunaux comme faisant entrer en jeu les mêmes principes de droit.

Au cours de l’époque antérieure à l’introduction du principe de l’équité, ces droits de comparaître et d’être assisté d’un avocat ont été fonction de la classification juridique du tribunal ou de l’instance en question. S’il s’agissait d’un organisme de nature «décisionnelle», ces droits étaient plus largement reconnus que s’il s’agissait d’une procédure «d’enquête». Ce processus de classification a engendré des distinctions arbitraires. Parfois la norme était la possibilité d’obtenir un bref de prérogative en évocation de l’instance en cause. Si le tribunal n’était pas autorisé à rendre jugement ou à imposer des obligations juridiques et s’il avait été constitué dans le cadre de l’exercice régulier des pouvoirs de l’autorité compétente pour le faire, l’instance était qualifiée d’enquête. (Voir *Godson v. City of Toronto* (1890), 18 R.C.S. 36, bien qu’il ait été ordonné au juge de comté procédant à l’enquête de déterminer si la ville avait été victime de fraude de la part d’une partie nommément désignée et d’autres qui ne l’étaient pas ou par quelque contractant de la ville.) Cette règle fut remise en cause lorsque la Cour a été appelée à statuer sur les droits d’une personne qui faisait l’objet d’une enquête à huis clos fondée sur la réglementation provinciale en matière de valeurs mobilières. En raison de la nature même de l’enquête, les personnes morales dont les dirigeants en faisant l’objet n’avaient ni le droit à une notification ni celui d’y assister ou de contre-interroger les témoins qui déposaient, ce qui pouvait aller à l’encontre de leurs intérêts (*St. John v. Fraser*, [1935] R.C.S. 441). Ce qui était en cause, c’était le droit des avocats de ces personnes de contre-interroger les autres témoins cités à comparaître au cours de l’enquête. Un avocat pouvait très bien être présent et participer à l’interrogatoire de son client par la commission d’enquête. En refusant l’injonction demandée contre l’officier enquêteur, le juge Crocket déclare, à la p. 445:

[TRADUCTION] À moins que, en vertu d’autres dispositions de la Loi, on puisse conclure à juste titre que l’enquête constituait une procédure judiciaire ou quasi judiciaire et que la possibilité de contre-interroger tout témoin interrogé par l’enquêteur, sur des sujets touchant au statut ou à la réputation des appelants, est une

the investigation as went to the investigator's jurisdiction to proceed with it, section 29 clearly constitutes an insuperable barrier to the appellants' claim, as held by Mr. Justice McPhillips.

Crocket J. concluded, at p. 445, that upon a consideration of all the sections of the statute bearing on this issue there was no other reasonable inference to be drawn than that the legislature never intended that any notice should be given to "any and every person whose status or reputation might be affected thereby of the examination of any other witness or witnesses and that any and all such persons should be afforded the privilege of cross-examining any such witness or witnesses".

Davis J. agreed in the result but disposed of the issue on a different basis. He found, after an examination of the statute as a whole, that the investigator was essentially an administrative officer operating machinery set up in the statute to collect information and to inquire as to whether or not certain fraudulent practices had been carried on. The statute did not set the investigator up as a court of law. He was clearly established as an administrative body. Counsel for the witness being examined took the position that denial of the witness' right through counsel to cross-examine all the other witnesses heard by the investigator was contrary to natural justice. Davis J. rejected this argument on the basis of his interpretation of the statute as establishing an administrative tribunal dedicated to the assembly of facts through an inquiry but not to the adjudication of a *lis inter partes*. He observed at p. 452: "It means that the tribunal while exercising administrative functions must act 'judicially' in the sense that it must act fairly and impartially", but that did not give those under investigation the right to cross-examine other witnesses. All these observations were founded upon the earlier natural justice decisions in the House of Lords in *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179, at p. 182; and *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120, at p. 138, and in the Privy Council in *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1922] 1 A.C. 202. The statement of the principles of natural justice applicable to the administrative process generally is

condition essentielle à la poursuite de l'enquête, au point d'influer sur la compétence conférée à l'enquêteur pour y procéder, l'art. 29 constitue nettement une barrière insurmontable à laquelle se heurte la demande des appelants, comme l'a conclu le juge McPhillips.

Le juge Crocket a conclu, à la p. 445, que, compte tenu de l'ensemble des articles de la Loi portant sur la question, on ne pouvait raisonnablement qu'en déduire que le législateur provincial n'avait jamais voulu que soient notifiés [TRADUCTION] «tous et chacun de ceux dont le statut ou la réputation pourrait souffrir de l'interrogatoire d'un autre ou d'autres témoins et lui ou leur accorder le privilège de contre-interroger ce ou ces témoins».

Le juge Davis est d'accord avec le résultat, mais il tranche la question au moyen d'un raisonnement différent. Il conclut, après examen de la Loi dans son ensemble, que l'enquêteur est essentiellement un agent administratif qui fait fonctionner un mécanisme établi par la Loi pour obtenir des renseignements et procéder à une enquête afin d'établir si certaines pratiques frauduleuses ont eu lieu ou non. La Loi ne faisait pas une cour de justice de l'enquêteur. Il s'agissait manifestement d'un organisme administratif. L'avocat du témoin interrogé a prétendu qu'il était contraire à la justice naturelle de refuser au témoin le droit de contre-interroger par l'intermédiaire de son avocat tous les autres témoins entendus par l'enquêteur. Le juge Davis a rejeté cet argument en raison de son interprétation de la Loi qui, selon lui, ne faisait qu'établir un tribunal administratif chargé de réunir des faits au moyen d'une enquête, et non de statuer sur un *lis inter partes*. Il a fait observer à la p. 452: [TRADUCTION] «Cela signifie que le tribunal, dans l'exercice de ses fonctions administratives, doit agir «judiciairement» en ce sens qu'il doit agir équitablement et de manière impartiale», mais cela ne conférait pas à ceux qui faisaient l'objet de l'enquête le droit de contre-interroger les autres témoins. Toutes ces observations étaient fondées sur les arrêts en matière de justice naturelle rendus antérieurement par la Chambre des lords dans *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179, à la p. 182, et *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120, à la p. 138, et par le

aply put by Lord Loreburne in *Board of Education v. Rice*, *supra*, at p. 182:

They [the administrative agency] can obtain information in any way they think best, always giving a fair opportunity to those who are parties in the controversy for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their view.

and *per* Lord Haldane in *Arlidge*, *supra*, at p. 132:

... what the procedure is to be in detail must depend on the nature of the tribunal.

The judicial tool was review by writ of *certiorari* which was limited in its reach to inferior tribunals which had the duty and authority to determine or affect rights and thereby were required to act judicially, that is to apply the principles of natural justice. Thus the right to counsel and the rights of counsel are principally discussed by courts sitting in review of statutory tribunals which come under review by *certiorari*.

The same result was reached where the Court considered the right of a person to attend with counsel an inquiry into his affairs and those of a number of other persons, under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, conducted by a nominee of the Minister of National Revenue. This Court concluded that the process was a private investigation, "a purely administrative matter", which could not decide or adjudicate anything. In *Guay v. Lafleur*, [1965] S.C.R. 12, Abbott J., writing for the majority, found, at p. 17, that the inquiry power was one of a number of similar powers granted in the Act to enable the Minister:

... to obtain the facts which he considers necessary to enable him to discharge the duty imposed on him of assessing and collecting the taxes payable under the Act. The taxpayer's right is not affected until an assessment

Conseil privé dans *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1922] 1 A.C. 202. Les principes de justice naturelle applicables à la procédure administrative en général sont fort bien exposés par lord Loreburne dans l'arrêt *Board of Education v. Rice*, précité, à la p. 182:

[TRADUCTION] Il [l'organisme administratif] peut obtenir des renseignements de la manière qu'il juge la meilleure, en donnant toujours aux parties engagées dans la controverse une possibilité suffisante de corriger ou de contredire toute déclaration pertinente portant préjudice à leur cause.

Et lord Haldane dans l'arrêt *Arlidge*, précité, à la p. 132:

[TRADUCTION] ... ce que la procédure doit comprendre en détail dépend de la nature du tribunal.

L'outil du juge était l'évocation par bref de *certiorari*, qui est limitée dans sa portée aux tribunaux inférieurs qui ont le devoir et le pouvoir de statuer sur des droits ou de les modifier et sont donc requis d'agir judiciairement, c'est-à-dire d'appliquer les principes de justice naturelle. Ainsi le droit à l'avocat et les droits de l'avocat ont d'abord et avant tout été analysés par les tribunaux judiciaires dans le cadre du contrôle des tribunaux administratifs soumis à ce contrôle par voie de *certiorari*.

On est arrivé au même résultat lorsque la Cour a examiné le droit d'une personne à l'assistance d'un avocat lorsque ses affaires et celles de certains autres justiciables font l'objet d'une enquête, à laquelle procède, en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, une personne désignée par le ministre du Revenu national. Cette Cour a jugé qu'il s'agissait d'une enquête à huis clos, [TRADUCTION] «une affaire purement administrative», où l'on ne pouvait décider ni juger de rien. Dans l'arrêt *Guay v. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12, le juge Abbott, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, conclut, à la p. 17, que ce pouvoir d'enquête représente un seul parmi les nombreux pouvoirs de même ordre attribués par la Loi pour permettre au Ministre:

[TRADUCTION] ... de recueillir des faits susceptibles de l'aider à remplir le devoir qui lui est imposé d'établir et de percevoir les impôts payables en vertu de la Loi. Le droit du contribuable n'est en cause que lorsqu'une

is made. Then all the appeal provisions mentioned in the Act are open to him.

The fact that a person authorized to make an investigation on behalf of the Minister is given certain limited powers of compelling witnesses to attend before him and testify under oath, does not, in my opinion, change the nature of the enquiry.

The majority followed the general line of *Arlidge* and of *Rice, supra*, (though without citation) and adopted the words of Hyde J. in the court below, at p. 17:

... it is not for the Courts to specify how that inquiry is to be conducted except to the extent, if any, that the subject's rights are denied him.

Cartwright J. (as he then was) adopted the reasons of Abbott J., adding that the maxim *audi alteram partem* did apply to administrative bodies but only where such bodies have the power to give a decision which affects rights or imposes liabilities on others. In *Lafleur* only the Minister, and not the inquiry officer, could assess and collect taxes. Spence J. concurred in the majority result and expressly adopted the reasoning of this Court in *St. John, supra*, both on the basis advanced by Crocket J. and that by Davis J. Spence J. concluded, at p. 23:

However, even if the respondent were to confine his demand to a simple right to be present in person and with counsel during such examination, in my view, to give effect to that demand would be for the judiciary to attempt to impose its own methods on an administrative officer and, with respect, I am of the opinion that Davis J. rightly held that the judiciary should not make such an attempt. The fact that the investigator is bound to act judicially in the sense of being fair and impartial does not require the investigator to permit the respondent and his counsel to be present during every examination carried on by virtue of the authorization of the Deputy Minister whether or not such counsel were to attempt to cross-examine such witnesses.

Hall J. dissented, taking the point of the majority in the court below that as the investigator was in

cotisation est établie. Alors, il peut se prévaloir de tous les recours mentionnés dans la Loi.

À mon avis, ce n'est pas parce que celui qui est autorisé à procéder à une enquête au nom du Ministre se voit attribuer certains pouvoirs limités d'assigner des témoins à comparaître devant lui et à témoigner sous serment que cela, change la nature de l'enquête.

Les juges formant la majorité ont suivi le courant général des précédents *Arlidge* et *Rice*, précités, (sans toutefois les citer), et ont adopté les termes du juge Hyde du tribunal d'instance inférieure, à la p. 17:

[TRADUCTION] ... il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de dicter comment il faut procéder à une enquête si ce n'est dans la mesure, le cas échéant, où le sujet se voit dénier ses droits.

Le juge Cartwright (alors juge puîné) fait siens les motifs du juge Abbott, ajoutant que la maxime *audi alteram partem* s'applique effectivement aux organismes administratifs, mais seulement lorsque ceux-ci ont le pouvoir de rendre des décisions qui influent sur les droits de certains ou qui imposent des responsabilités à autrui. Dans l'arrêt *Lafleur*, seul le Ministre, et non l'officier enquêteur, pouvait cotiser et percevoir des impôts. Le juge Spence a souscrit au résultat auquel est arrivé la majorité et a adopté expressément le raisonnement de cette Cour dans l'arrêt *St. John*, précité, tant pour les motifs invoqués par le juge Crocket que pour ceux invoqués par le juge Davis. Le juge Spence conclut, à la p. 23:

[TRADUCTION] Toutefois, même si l'intimé devait confiner sa demande au simple droit d'être présent en personne, et avec un avocat, au cours d'un tel interrogatoire, j'estime que donner suite à cette demande équivaldrait à une tentative du pouvoir judiciaire d'imposer sa propre méthode à un agent administratif; aussi, avec égards, je suis d'avis que le juge Davis a eu raison de conclure que le pouvoir judiciaire ne devrait pas faire de tentative de ce genre. Ce n'est pas parce que l'enquêteur est obligé d'agir judiciairement, en ce sens qu'il doit être équitable et impartial, qu'il doit autoriser l'intimé et son avocat à être présents au cours de chaque interrogatoire auquel on procède en vertu de l'autorisation du Sous-ministre, que cet avocat tente ou non de contre-interroger ces témoins.

Le juge Hall a exprimé une dissidence et a adopté le point de vue des juges formant la majorité de la

law bound to “act judicially in the sense that he must act fairly and impartially”, the person whose affairs were being investigated was entitled to attend the sittings and to be represented by counsel. This Court in *Lafleur* thus reaffirmed the principles established in *St. John*.

Instances where courts have interfered with administrative bodies, including application to those bodies of the principle of *audi alteram partem*, may be found in *Saulnier v. Quebec Police Commission*, [1976] 1 S.C.R. 572, per Pigeon J. at p. 578, which authority he further discussed in *Martineau v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board (No. 1)*, [1978] 1 S.C.R. 118, at p. 131; and *Re Nanticoke Ratepayers Association and Environmental Assessment Board* (1978), 83 D.L.R. (3d) 722 (Ont. H.C.) In the pre-*Nicholson* era a number of authorities shifted the emphasis away from a process of classification of the tribunal in question to the effect of the statutory procedure on the individual appearing in the administrative process. See *Re McGavin Toastmaster Ltd. and Powlowski* (1972), 31 D.L.R. (3d) 370, and (1973), 37 D.L.R. (3d) 100 (Man. C.A.); *Ryan v. Board of Inquiry under the Human Rights Act* (1976), 22 N.S.R. (2d) 444; *Desjardins v. Bouchard* (1976), 71 D.L.R. (3d) 491; *Chisholm v. Jamieson*, [1974] 6 W.W.R. 169; *Re Sedlmayr, Gardiner and Demay and the Royal Commission into the Activities of Royal American Shows Inc.* (1978), 82 D.L.R. (3d) 161; and *Re Underwood McLellan & Associates Ltd. and Association of Professional Engineers of Saskatchewan* (1978), 86 D.L.R. (3d) 501, reversed on other grounds (1979), 103 D.L.R. (3d) 268 (Sask. C.A.)

In the United Kingdom, the emerging requirement to “act fairly”, even in a purely investigatory process where the principles of judicial review and of natural justice had not theretofore been applied, can be followed in *In re Pergamon Press Ltd.*, [1971] Ch. 388, per Denning M.R. at p. 399, and *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All

cour d'instance inférieure, selon lequel, puisque l'enquêteur était en droit obligé [TRADUCTION] «d'agir judiciairement en ce sens qu'il doit agir équitablement et de manière impartiale», la personne dont les affaires faisaient l'objet d'une enquête avait le droit d'assister aux séances et d'être représentée par un avocat. Cette Cour, dans l'arrêt *Lafleur*, réaffirme donc les principes établis dans l'arrêt *St. John*.

On peut trouver des cas où les tribunaux sont intervenus dans les activités d'organismes administratifs pour appliquer notamment la règle *audi alteram partem*; voir l'arrêt *Saulnier c. Commission de police du Québec*, [1976] 1 R.C.S. 572, le juge Pigeon, à la p. 578, précédent approfondi par le juge Pigeon dans l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui (n° 1)*, [1978] 1 R.C.S. 118, à la p. 131; et la décision *Re Nanticoke Ratepayers Association and Environmental Assessment Board* (1978), 83 D.L.R. (3d) 722 (H.C. Ont.) Déjà, au cours de la période qui a précédé l'arrêt *Nicholson*, un certain nombre de précédents tendaient à insister moins sur la classification du tribunal en cause et plus sur l'effet de la procédure prévue par la loi sur l'individu comparaissant devant une instance administrative. Voir *Re McGavin Toastmaster Ltd. and Powlowski* (1972), 31 D.L.R. (3d) 370 et (1973), 37 D.L.R. (3d) 100 (C.A. Man.); *Ryan v. Board of Inquiry under the Human Rights Act* (1976), 22 N.S.R. (2d) 444; *Desjardins v. Bouchard* (1976), 71 D.L.R. (3d) 491; *Chisholm v. Jamieson*, [1974] 6 W.W.R. 169; *Re Sedlmayr, Gardiner and Demay and the Royal Commission into the Activities of Royal American Shows Inc.* (1978), 82 D.L.R. (3d) 161; et *Re Underwood McLellan & Associates Ltd. and Association of Professional Engineers of Saskatchewan* (1978), 86 D.L.R. (3d) 501, infirmé pour d'autres motifs (1979), 103 D.L.R. (3d) 268 (C.A. Sask.)

Au Royaume-Uni, l'émergence de l'obligation «d'agir équitablement», même au cours d'une simple procédure d'enquête, où les principes du contrôle judiciaire et de la justice naturelle ne s'étaient pas appliqués jusque-là, peut être retracée jusqu'aux arrêts *In re Pergamon Press Ltd.*, [1971] Ch. 388, le maître des rôles Denning, à la

E.R. 12, *per* Lord Denning at p. 19. Both of these cases are quite different on the facts from those with which the Court is concerned on this appeal. The actual investigator in these cases was the statutory authority which alone determined the use to be made of the material uncovered in the investigation. The shift in principle which has evolved is significant, as Sachs L.J. said in *Pergamon, supra*, at pp. 402-03:

To come to that conclusion it is, as recent decisions have shown, not necessary to label the proceedings "judicial," "quasi-judicial," "administrative" or "investigatory": it is the characteristics of the proceeding that matter, not the precise compartment or compartments into which it falls—and one of the principal characteristics of the proceedings under consideration is to be found in the inspectors' duty, in their statutory fact-finding capacity, to produce a report which may be made public and may thus cause severe injury to an individual by its findings.

Lord Denning put into summary form the evolving duty of the investigator when he stated in the *Selvarajan* appeal, *supra*, at p. 19:

In all these cases it has been held that the investigating body is under a duty to act fairly; but that which fairness requires depends on the nature of the investigation and the consequences which it may have on persons affected by it. The fundamental rule is that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings, or deprived of remedies or redress, or in some such way adversely affected by the investigation and report, then he should be told the case made against him and be afforded a fair opportunity of answering it. The investigating body is, however, the master of its own procedure. It need not hold a hearing. It can do everything in writing. It need not allow lawyers. [Emphasis added.]

In *Selvarajan* the officer assigned by the Board to investigate on its behalf, in making her report prejudged the case by her own admission and did so without awaiting a response by the person being investigated. In her report to the Board she recommended against the complainant. The Board then reached the same conclusion as did the staff member in her report. The Board's decision was

p. 399, et *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12, lord Denning, à la p. 19. Les faits en cause dans ces deux affaires étaient fort différents de ceux dont la Cour est saisie en l'espèce. L'enquêteur dans ces affaires était la seule autorité compétente, en vertu de la Loi, pour décider de l'usage qui serait fait de ce que permettrait de découvrir l'enquête. Le déplacement de principe qu'implique cette évolution est significatif, comme l'affirme le lord juge Sachs dans l'arrêt *Pergamon*, précité, aux pp. 402 et 403:

[TRADUCTION] Pour en venir à cette conclusion, il n'est pas nécessaire, comme de récentes décisions l'ont montré, de qualifier l'instance de «judiciaire», de «quasi judiciaire», «d'administrative» ou «d'enquête»: ce sont les caractéristiques de l'instance qui importent, non le ou les compartiments précis dans lesquels elle se situe — et l'une des principales caractéristiques de l'instance en cause en l'espèce se trouve dans l'obligation des inspecteurs, dans la capacité que leur attribue la Loi de rechercher les faits, de produire un rapport qui peut être rendu public et dont les conclusions peuvent donc causer un préjudice important à un individu.

Lord Denning résume cette obligation en pleine évolution de l'enquêteur lorsqu'il affirme dans l'arrêt *Selvarajan*, précité, à la p. 19:

[TRADUCTION] Dans tous ces cas, on a jugé que l'organisme chargé d'enquêter a le devoir d'agir équitablement; mais les exigences de l'équité dépendent de la nature de l'enquête et de ses conséquences pour les personnes en cause. La règle fondamentale est que dès qu'on peut infliger des peines ou sanctions à une personne ou qu'on peut la poursuivre ou la priver de recours, de redressement ou lui faire subir de toute autre manière un préjudice en raison de l'enquête et du rapport, il faut l'informer de la nature de la plainte et lui permettre d'y répondre. Cependant, l'organisme enquêteur est maître de sa propre procédure. Il n'est pas nécessaire qu'il tienne une audition. Tout peut se faire par écrit. Il n'est pas tenu de permettre la présence d'avocats. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'affaire *Selvarajan*, la responsable désignée par la Commission pour enquêter en son nom, a de son propre aveu préjugé l'affaire dans son rapport, sans attendre la réponse de la personne qui faisait l'objet de l'enquête. Dans son rapport à la Commission, elle a fait une recommandation défavorable aux plaignants. La Commission est alors arrivée à la même conclusion que ce membre

not disturbed by the Court notwithstanding the statement by the Court of Appeal that the officer's conduct was "unfortunate" and a "mistake" both in the prejudgment of the merits and in the making of recommendations to the Board who by statute had to make the decision.

This Court met the issue of "fairness" squarely in *Nicholson, supra*. In those proceedings the Court, as was the House of Lords in *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40, was dealing with the termination of services of a policeman by a public authority. The statute in question did not impose any procedure upon the employing agency, nor did it require the assignment of any reasons for the action of termination where such took place within eighteen months of engagement. Making note that the Court in *Ridge v. Baldwin, supra*, had applied the principles and requirements of natural justice to a body acting pursuant to a statute, Laskin C.J., in giving reasons for the majority quoted from the judgment of Lord Reid to illustrate how the House of Lords extended the maxim of *audi alteram partem* by implication:

The present case is in my opinion just such a case where there are strong indications that a right to be heard, in appropriate circumstances, should not be denied.

(Laskin C.J. citing from a commentary on Lord Reid in *Ridge v. Baldwin, supra*, by Lord Wilberforce in *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278, at p. 1295, at p. 324 of *Nicholson*.) From there the Chief Justice moved on to the statement of Megarry J. in *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373, at p. 1378 where the lesser standard of fairness was extended to the administrative field "that in the sphere of so-called quasi-judicial the rules of natural justice run, and that in the administrative or executive field there is a general duty of fairness" (p. 324). In both instances access by the courts to the administrative tribunal was through the writ of *certiorari* applied on the theory that acting in violation of the principle of fairness, read into the statute in question by implication, was a breach of jurisdiction by the

de son personnel dans son rapport. La Cour n'est pas intervenue dans la décision de la Commission, en dépit de la déclaration de la Cour d'appel portant que la conduite de cette responsable était [TRADUCTION] «malheureuse» et constituait une [TRADUCTION] «erreur» tant parce qu'elle préjugait le fond que parce qu'elle faisait des recommandations à la Commission à qui, selon la Loi, il appartenait de rendre la décision.

Cette Cour n'a pas hésité à statuer sur la question de «l'équité» dans son arrêt *Nicholson*, précité. Dans cette instance, la Cour, à l'instar de la Chambre des lords dans l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40, était saisie du congédiement d'un policier par des autorités publiques. La loi en cause ne prescrivait aucune procédure particulière à l'employeur ni n'exigeait de fournir de motif pour un congédiement intervenu dans les dix-huit mois de l'embauche. Soulignant que la Cour, dans l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, précité, avait appliqué les principes et les exigences de la justice naturelle à un organisme agissant conformément à une loi, le juge en chef Laskin, en prononçant les motifs des juges formant la majorité, cite l'arrêt de lord Reed pour illustrer comment la Chambre des lords avait élargi implicitement la maxime *audi alteram partem*.

En l'espèce, je crois que nous avons un de ces cas où de forts indices militent contre le refus du droit à une audition, lorsque les circonstances le permettent.

(Le juge en chef Laskin, à la p. 324 de l'arrêt *Nicholson*, citant un commentaire que fait lord Wilberforce dans l'arrêt *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278, à la p. 1295, sur une déclaration de lord Reid dans *Ridge v. Baldwin*, précité.) De là, le Juge en chef passe à l'énoncé du juge Megarry dans l'arrêt *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373, à la p. 1378, où la norme moins rigoureuse de l'équité est étendue au domaine administratif: [TRADUCTION] «dans le domaine de ce qu'on appelle le quasi-judiciaire, on applique les règles de justice naturelle et, dans le domaine administratif ou exécutif, l'obligation générale d'agir équitablement» (p. 324). Dans les deux cas, on obtint l'intervention des tribunaux judiciaires auprès des tribunaux administratifs par bref de *certiorari*, en fonction de la théorie qu'agir

administrative agency, a creature of statute. See also *Pearlberg v. Varty*, [1972] 1 W.L.R. 534, at p. 537: "... as 'Parliament is not to be presumed to act unfairly,' the courts may be able in suitable cases (perhaps always) to imply an obligation to act with fairness" (*per* Lord Pearson at p. 547, cited at p. 326 of *Nicholson*). This Court applied the duty of fairness to the police board and found that the law required the board to afford the policeman the right to make his case to the board, orally or in writing as the Board may determine, before the police board reached its conclusion with reference to the termination of the policeman's employment. The decision of the board once taken would be unassailable, given "good faith" (at p. 328). It should be noted that Laskin C.J. acknowledged, at p. 326, that the decision in issue must be "a final determination of his rights". In this appeal the proceeding before the Hearing Officer determined no rights, imposed no liabilities, was conducted in private, and at most would lead to a statement of evidence (not to be published) to the Commission.

In all these decisions in the United Kingdom, *supra*, and in *Nicholson, supra*, it is the administrative body which is brought under the principle. Staff and other agents of the authority are not considered to be a "body or authority" subject to compliance with the doctrine of fairness. This may be so because the rights of the individual are affected in a final determinative sense only when the agency acts on the result of the staff investigation. As Lord Denning said in *Selvarajan, supra*, at p. 19:

It can employ secretaries and assistants to do all the preliminary work and leave much to them. But, in the end, the investigating body itself must come to its own decision and make its own report.

Laskin C.J., in *Nicholson, supra*, stated at p. 328:

en violation du principe de l'équité, inclus implicitement dans la législation en question, constitue un excès de compétence de la part de l'organisme administratif, qui est une création de la loi. Voir aussi l'arrêt *Pearlberg v. Varty*, [1972] 1 W.L.R. 534, à la p. 537: [TRADUCTION] «[...] puisqu'on ne peut présumer que le Parlement agit inéquitablement,» les tribunaux peuvent, dans des cas appropriés (et peut-être toujours), déduire de cette maxime l'obligation d'agir équitablement» (lord Pearson, à la p. 547, cité à la p. 326 de l'arrêt *Nicholson*). La Cour, imposant à la commission de police l'obligation agir équitablement, a constaté qu'en droit cette commission était requise d'accorder au policier le droit de se faire entendre devant elle, oralement ou par écrit, selon ce qu'elle pouvait décider, avant qu'elle ne tire ses conclusions au sujet de son congédiement. La décision de la commission, une fois prise, devient inattaquable, si elle a été prise de «bonne foi» (à la p. 328). Il faut souligner que le juge en chef Laskin a reconnu, à la p. 326, que la décision en cause doit être «une décision finale sur ses droits». En l'espèce, dans l'instance se déroulant devant l'officier enquêteur, on n'a statué sur aucun droit, aucune responsabilité n'a été imputée, la procédure s'est déroulée à huis clos et aboutirait tout au plus à un exposé de la preuve réunie (qui ne sera pas rendu public) à l'intention de la Commission.

Dans tous ces arrêts précités du Royaume-Uni et dans l'arrêt *Nicholson*, précité, c'est l'organisme administratif qui est soumis au principe. Le personnel et les autres agents de l'autorité compétente ne sont pas considérés comme un «organisme ou autorité» assujetti au respect du principe de l'équité. Il se peut qu'il en soit ainsi parce que les droits des individus ne sont touchés, au sens de faire l'objet d'une décision finale, que lorsque l'organisme agit en fonction du résultat de l'enquête menée par son personnel. Comme lord Denning le dit dans l'arrêt *Selvarajan*, précité, à la p. 19:

[TRADUCTION] Il peut faire appel à des secrétaires et des adjoints pour le travail préliminaire et plus. Mais en définitive, l'organisme enquêteur doit arrêter sa propre décision et faire son propre rapport.

Le juge en chef Laskin affirme, dans l'arrêt *Nicholson*, précité, à la p. 328:

The present case is one where the consequences to the appellant are serious indeed in respect of his wish to continue in a public office, and yet the respondent Board has thought it fit and has asserted a legal right to dispense with his services without any indication to him of why he was deemed unsuitable to continue to hold it.

The proper scope of the “fairness” principle was reviewed by this Court in the context of a statutory appeal to the Governor General in Council, in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735. In a unanimous judgment, the Court stated at p. 750:

While, after *Nicholson*, *supra*, and *Martineau v. Matsqui Institution (No. 2)*, [1981] S.C.R. 602, ... the existence of such a duty no longer depends on classifying the power involved as “administrative” or “quasi-judicial”, it is still necessary to examine closely the statutory provisions in question in order to discern whether it makes the decision-maker subject to any rules of procedural fairness.

The process of discerning the propriety of the application of the principle was again discussed at p. 755 where the Court stated:

While it is true that a duty to observe procedural fairness, as expressed in the maxim *audi alteram partem*, need not be express (*Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal v. Commission des Relations Ouvrières de la Province de Québec*), it will not be implied in every case. It is always a question of construing the statutory scheme as a whole in order to see to what degree, if any, the legislator intended the principle to apply.

The judgment continued at p. 758:

The answer is not to be found in continuing the search for words that will clearly and invariably differentiate between judicial and administrative on the one hand, or administrative and legislative on the other. It may be said that the use of the fairness principle as in *Nicholson*, *supra*, will obviate the need for the distinction in instances where the tribunal or agency is discharging a function with reference to something akin to a *lis* or where the agency may be described as an ‘investigating body’ as in the *Selvarajan* case, *supra*.

This Court returned to the examination of the development of the principle of “procedural fairness” in *Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of the Township of Vespra*, [1981] 2 S.C.R. 145, where in a unanimous judgment it was stated, at pp. 170-71:

En l'espèce, la décision a de graves conséquences pour l'appelant vu qu'il souhaite continuer à occuper une charge publique. Pourtant le comité intimé a cru bon de mettre fin à son emploi sans lui indiquer pourquoi on le considérait inapte à rester en fonction et a affirmé avoir le droit de le faire.

Cette Cour a déjà étudié quelle portée doit avoir le principe de «l'équité» lorsque la loi prévoit un appel au gouverneur général en conseil, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735. Dans un arrêt unanime, la Cour dit, à la p. 750:

Bien que, depuis les arrêts *Nicholson*, précité, et *Martineau v. L'Institution de Matsqui (n° 2)*, [1980] 1 R.C.S. 602, ... l'existence de cette obligation ne soit plus tributaire de la classification du pouvoir en question comme «administratif» ou «quasi judiciaire», il demeure nécessaire d'examiner attentivement la disposition de la Loi pour décider si elle assujettit le décideur à des règles d'équité en matière de procédure.

Le processus consistant à décider de l'opportunité d'appliquer le principe fait l'objet d'une autre analyse à la p. 755, où la Cour dit:

Même s'il est exact que l'obligation de respecter l'équité dans la procédure, qu'exprime la maxime *audi alteram partem*, n'a pas à être expresse (*Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal c. Commission des Relations Ouvrières de la Province de Québec*) elle n'est pas implicite dans tous les cas. Il faut toujours considérer l'économie globale de la loi pour voir dans quelle mesure, le cas échéant, le législateur a voulu que ce principe s'applique.

L'arrêt ajoute, à la p. 758:

La solution ne réside pas dans la recherche constante de mots qui établiront clairement et dans tous les cas une distinction entre ce qui est judiciaire et administratif d'une part, et administratif et législatif de l'autre. On peut dire que l'utilisation du principe d'équité, comme dans l'arrêt *Nicholson*, précité, rendra la distinction inutile dans les cas où le tribunal ou l'organisme remplit une fonction relative à ce qui s'apparente à un litige ou lorsque l'organisme est «chargé d'enquête» comme dans l'arrêt *Selvarajan*, précité.

Cette Cour a réexaminé l'évolution du principe de «l'équité en matière de procédure» dans son arrêt unanime *Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145, où il est dit, aux pp. 170 et 171:

Gradually the principle of judicial surveillance through the application of the rules of natural justice to the administrative tribunals was extended to the administrative function. By this time the expression "the duty to act fairly" had been added to the judicial vocabulary (*B. Johnson & Co. (Builders), Ltd. v. Minister of Health*, [1947] 2 All E.R. 395), with reference to quasi-judicial functions. The extension of the principle of natural justice by the courts finally reached the purely administrative act in *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40, and by 1967 in *Re H.K.*, [1967] 2 Q.B. 617, Lord Parker concluded that the classification of the particular function of the tribunal under review did not determine the judicial duty to intervene for the protection of the rights of a party to the proceeding. In this Court the development continued with the application of the doctrine of 'procedural fairness' in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, to an administrative action not involving the formal functioning of an administrative tribunal or the protection of a defined statutory right. Sometimes the right to procedural fairness moved into "the right to know the case against the party" as in *R. v. Gaming Board for Great Britain, Ex parte Benaim and Khaida*, [1970] 2 Q.B. 417, and sometimes the test seems to revert to the days of the *Cooper* case, *supra*, where the Legislature may or may not have prescribed the procedures to be followed by the administrative tribunal. Even then Lord Wilberforce in *Wiseman v. Borneman*, [1971] A.C. 297, concluded, at p. 317:

It is necessary to look at the procedure in its setting and ask the question whether it operates unfairly to the taxpayer to a point where the courts must supply the legislative omission.

A very helpful review of all these authorities may be found in the judgment of Arnup J.A. in *Re Abel and Advisory Review Board* (1980), 119 D.L.R. (3d) 101 (Ont. C.A.), where again the Court was concerned with a report by an administrative agency authorized and directed by statute to review certain matters and to report thereon with its recommendations to the Lieutenant Governor in Council. In reality, the liberty of the applicant was directly affected by the report and the recommendation of the administrative board and hence the Court found a duty in the board to

Peu à peu le principe de la surveillance judiciaire par l'application des règles de justice naturelle aux tribunaux administratifs s'est étendu à la fonction administrative. C'est à cette époque que l'expression [TRADUCTION] «obligation d'agir de façon impartiale» s'est ajoutée au vocabulaire judiciaire (*B. Johnson & Co. (Builders), Ltd. v. Minister of Health*, [1947] 2 All E.R. 395), à l'égard de fonctions quasi judiciaires. Les tribunaux ont enfin étendu l'application du principe de justice naturelle à un acte purement administratif dans l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40, et, en 1967, dans l'arrêt *Re H.K.*, [1967] 2 Q.B. 617, lord Parker a conclu que la classification de la fonction spécifique du tribunal en question ne délimitait pas le devoir du tribunal d'agir pour protéger les droits d'une des parties à la procédure. L'évolution s'est poursuivie en cette Cour par l'application de la notion d'équité dans la procédure» dans l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, à un acte administratif qui n'impliquait ni le fonctionnement ordinaire d'un tribunal administratif ni la protection d'un droit défini par la loi. Parfois le droit à l'équité dans la procédure s'est apparenté pour une personne au [TRADUCTION] «droit d'être informé du motif invoqué contre elle» comme dans l'arrêt *R. v. Gaming Board for Great Britain Ex parte Benaim and Khaida*, [1970] 2 Q.B. 417, parfois le critère revient à celui du temps de l'affaire *Cooper*, précitée, dans lequel la Législature peut avoir ou ne pas avoir prescrit la procédure que doit suivre le tribunal administratif. Même dans ce cas lord Wilberforce a conclu, dans l'arrêt *Wiseman v. Borneman*, [1971] A.C. 297, à la p. 317.

(TRADUCTION) Il faut examiner la procédure dans sa disposition et se demander si elle joue au détriment du contribuable au point où les tribunaux doivent suppléer à l'omission que comporte la loi.

On peut trouver une étude fort utile de tous ces précédents dans l'arrêt du juge Arnup *Re Abel and Advisory Review Board* (1980), 119 D.L.R. (3d) 101 (C.A. Ont.), où encore une fois la cour était saisie du rapport d'un organisme administratif autorisé et obligé par la loi à examiner certaines matières et à faire rapport, avec ses recommandations, au lieutenant-gouverneur en conseil. En fait, le rapport et les recommandations de l'organisme administratif portaient directement atteinte à la liberté du requérant, aussi la cour jugea-t-elle que l'organisme avait l'obligation d'agir équitablement

act fairly in making such report and such recommendations.

For the continued application of the principle of the duty of the administrative authority to act fairly, in the courts of the United Kingdom, see *Bushnell v. Secretary of State for the Environment*, [1980] 2 All E.R. 608 (H.L.); *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] 3 All E.R. 201 (P.C.); and in New Zealand in *Re Royal Commission on Thomas Case*, [1980] 1 N.Z.L.R. 602 (H.C., Full Court). The application of the doctrine of procedural fairness in this country can be seen in *Re Boehler and College of Nurses of Ontario* (1982), 133 D.L.R. (3d) 642 (Ont. Div. Ct.); *Re Seaway Trust Co. and The Queen in Right of Ontario* (No. 2) (1983), 143 D.L.R. (3d) 252 (Ont. H.C.); and *Fraternité inter-provinciale des ouvriers en électricité v. Office de la construction du Québec*, [1983] C.A. 7, 148 D.L.R. (3d) 626.

Before returning to the terms of the statute here in question it is helpful to refer to a similar trend in the United States courts in applying the due process provisions of the Fourteenth Amendment to administrative law. The position in the United States federal law would seem to be that the right to and role of counsel before an administrative agency turns on the nature of the power exercised by the agency. These powers have been broadly grouped into legislative, investigative and adjudicatory categories. The United States' decisions emphasize the same distinctions apparent in the Canadian authorities such as *St. John* and *Guay v. Lafleur*, *supra*.

The old and traditional rule was crystallized by the Supreme Court in *Jones v. S.E.C.*, 298 U.S. 1 (1936). It simply condemned as contrary to the rule of law in general and the Constitution in particular a "general, roving, offensive, inquisitorial, compulsory investigation, conducted by a commission without any allegations, upon no fixed principles, and governed by no rules of law"

dans la rédaction de son rapport et la formulation de ses recommandations.

Concernant l'application constante, par les tribunaux du Royaume-Uni, du principe du devoir des organismes administratifs d'agir équitablement, voir *Bushnell v. Secretary of State for the Environment*, [1980] 2 All E.R. 608 (H.L.), *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] 3 All E.R. 201 (C.P.); et en Nouvelle-Zélande: *Re Royal Commission on Thomas Case*, [1980] 1 N.Z.L.R. 602 (H.C., siégeant au complet). On peut trouver une application du principe de l'équité en matière de procédure dans notre pays dans les affaires *Re Boehler and College of Nurses of Ontario* (1982), 133 D.L.R. (3d) 642 (C. div. Ont.), *Re Seaway Trust Co. and The Queen in Right of Ontario* (No. 2) (1983), 143 D.L.R. (3d) 252 (H.C. Ont.), et *Fraternité inter-provinciale des ouvriers en électricité c. Office de la construction du Québec*, [1983] C.A. 7, 148 D.L.R. (3d) 626.

Avant de revenir au texte de la loi dont il est question en l'espèce, il est utile de mentionner une tendance similaire, de la part des tribunaux judiciaires américains, à appliquer au droit administratif les dispositions du Quatorzième amendement, en matière d'application régulière de la loi. Il semblerait que la position du droit fédéral américain soit que le droit à un avocat et le rôle qu'il joue devant un organisme administratif dépendent de la nature du pouvoir qu'exerce l'organisme. Ces pouvoirs ont été répartis de manière générale par catégories: les pouvoirs législatifs, les pouvoirs d'enquête et les pouvoirs décisionnels. Les précédents américains insistent sur les mêmes distinctions que celles qui ressortent des précédents canadiens comme les arrêts *St. John* et *Guay v. Lafleur*, précités.

La Cour suprême des États-Unis avait cristallisé l'ancienne règle traditionnelle dans l'arrêt *Jones v. S.E.C.*, 298 U.S. 1 (1936). Elle se bornait à condamner comme contraire au principe de la primauté du droit en général et à la Constitution en particulier une [TRADUCTION] «enquête globale, à l'aveuglette, offensante, inquisitoriale et coercitive, à laquelle procède une commission en l'absence d'allégations et qui n'est fondée sur aucun principe précis et n'est régie par aucune règle de droit. . . »

In a series of cases culminating in *Hannah v. Larche*, 363 U.S. 420 (1959), the United States Supreme Court held that no due process rights attach in a purely investigatory proceeding. (See *In re Groban*, 352 U.S. 330 (1957); and *Anonymous No. 6 v. Baker*, 360 U.S. 287 (1959).) By 1969, the Court recognized that a fact-finding commission which investigated violations of state and federal law in the labour-management field and exercised a function "very much akin to making an official adjudication of criminal culpability" (at p. 427) would be subject to rights to counsel and cross-examination by counsel under the Fourteenth Amendment (*Jenkins v. McKeithen*, 395 U.S. 411 (1969)). Since that time the authorities have by no means been consistent (see *Genuine Parts Co. v. F.T.C.*, 445 F.2d 1382 (5th Cir. 1971); *Sneaker Circus Inc. v. Carter*, 457 F.Supp. 771 (1978), aff'd 614 F.2d 1290 (1979); and *Georator Corp. v. Equal Employment Opportunity Commission*, 592 F.2d 765 (4th Cir. 1979).

It would appear that the due process provisions in the U.S. *Bill of Rights* introduced the doctrine of procedural fairness in direct proportion to the consequences of the investigative-administrative process in question. It is fair to say that the presence of and limitations on the doctrine of procedural fairness as it relates to investigative activities are not dissimilar to those described in *Pergamon and Selvarajan, supra*, in the United Kingdom. Indeed an interesting comparative pattern develops between *Pergamon and Selvarajan* in the courts of the United Kingdom and *Hannah and Jenkins, supra*, in the Supreme Court of the United States.

In *Pergamon, supra*, the investigative body was found to be subject to the principle of procedural fairness. The public investigator by statute had to make a report to the Board of Trade of the United Kingdom government, in which findings of fact and accusations could be made, and could also communicate to the Board of Trade facts which were believed to indicate an offence had been

Dans une série de décisions qui ont abouti à l'arrêt *Hannah v. Larche*, 363 U.S. 420 (1959), la Cour suprême des États-Unis a jugé qu'aucun droit à l'application régulière de la loi ne s'attache à une simple procédure d'enquête. (Voir *In re Groban*, 352 U.S. 330 (1957), et *Anonymous No. 6 v. Baker*, 360 U.S. 287 (1959).) Dès 1969, la Cour reconnaissait qu'une commission, chargée de rechercher des faits, qui enquêtait sur des violations du droit, tant étatique que fédéral, en matière de relations de travail et exerçait une fonction [TRADUCTION] «qui tient énormément de la prise d'une décision officielle en matière de culpabilité criminelle» (à la p. 427) devait respecter les droits à un avocat et au contre-interrogatoire par un avocat en vertu du Quatorzième amendement. (*Jenkins v. McKeithen*, 395 U.S. 411 (1969)). Depuis lors, la jurisprudence fut loin d'être constante (voir *Genuine Parts Co. v. F.T.C.*, 445 F.2d 1382 (5th Cir. 1971), *Sneaker Circus Inc. v. Carter*, 457 F.Supp. 771 (1978), conf. 614 F.2d 1290 (1979), et *Georator Corp. v. Equal Employment Opportunity Commission*, 592 F.2d 765 (4th Cir. 1979).

Il semblerait que les dispositions relative à l'application régulière de la loi que contient le *Bill of Rights* américain aient introduit le principe de l'équité en matière de procédure en proportion directe des conséquences de la procédure administrative d'enquête en cause. Il est juste de dire que l'application et les limites du principe de l'équité en matière de procédure, relativement aux enquêtes, ne sont guère différentes de celles décrites au Royaume-Uni dans les arrêts *Pergamon* et *Selvarajan*, précités. D'ailleurs, il existe des points de comparaison intéressants entre les arrêts *Pergamon* et *Selvarajan* des tribunaux du Royaume-Uni et les arrêts *Hannah* et *Jenkins*, précités, de la Cour suprême des États-Unis.

Dans l'arrêt *Pergamon*, précité, on a jugé que l'organisme d'enquête était assujéti au principe de l'équité en matière de procédure. L'enquêteur public, nommé en vertu de la loi, devait soumettre au Board of Trade du gouvernement du Royaume-Uni, un rapport dans lequel il pouvait formuler des conclusions de fait et des accusations, et il pouvait également communiquer au Board of Trade les

committed. The Board, on receiving the investigator's report, could publish it. There was no subsequent investigation or procedure undertaken by the recipient Board of Trade. The investigation report was apparently the basis for subsequent decisions to prosecute criminally or to institute actions civilly, or to wind up the company which had been investigated. The Court found a duty to act fairly although the investigator was acting in a purely administrative function and not judicially as a quasi-judicial body. If an individual could be adversely affected by the investigation and report, that individual must be told the case against him and given a fair opportunity to answer. This requirement had been met on the facts of the case.

Selvarajan, supra, is to the same effect. In that case the court found no unfairness on the facts as the administrative body had directed that the investigations in question be undertaken by the authority's staff or divisions. The administrative body then received, considered, and acted upon the investigator's report. After the report was made known to the individual investigated, the public authority then reached its conclusion. The Court held that the Board was subject to a duty to act fairly but that this did not mean that every member of the committee had to see all the papers. As long as the Board had enough information to make a fair assessment of the case, the courts should not interfere. It was up to the Board to decide how best to exercise its functions. As we have seen, the Court went on to describe the informality of the investigatory process, including "it need not allow lawyers". The direct consequences of the investigator's report, including its impact on the individual under investigation, rather than the nature of the investigating tribunal, became the dominant criterion. Each case turned on the statutory provisions and the particular facts and circumstances of the case.

faits qui, croyait-on, indiquaient qu'une infraction avait été commise. Le Board of Trade, à la réception du rapport de l'enquêteur, pouvait le rendre public et il ne procédait à aucune enquête ni n'engageait aucune procédure ultérieure. Le rapport d'enquête servait apparemment de fondement aux décisions ultérieures de poursuivre au criminel ou d'intenter des actions civiles, ou de procéder à la liquidation de la compagnie qui avait fait l'objet de l'enquête. La cour a jugé qu'il y avait obligation d'agir équitablement, même si l'enquêteur exerçait une fonction purement administrative et n'agissait pas judiciairement à titre d'organisme quasi judiciaire. Si un individu était susceptible de subir un préjudice par suite de l'enquête et du rapport, on devait l'informer de la preuve qui pesait contre lui et lui accorder une possibilité suffisante d'y répondre. Cette exigence avait été respectée d'après les faits de l'espèce.

L'arrêt *Selvarajan*, précité, va dans le même sens. Dans cette affaire, le tribunal n'avait constaté aucune inéquité dans les faits, puisque l'organisme administratif avait ordonné que les enquêtes en cause soient effectuées par son personnel ou ses directions. L'enquêteur avait alors remis son rapport à l'organisme administratif qui, après étude, y avait donné suite. Après avoir porté le rapport à la connaissance de l'individu qui faisait l'objet de l'enquête, l'organisme public avait alors tiré ses conclusions. La cour a jugé que la commission avait l'obligation d'agir équitablement, mais que cela ne signifiait pas que chaque membre du comité devait pouvoir prendre connaissance de toutes les pièces. Dans la mesure où la commission disposait de renseignements suffisants pour évaluer équitablement l'affaire, les tribunaux ne devaient pas intervenir. Il appartenait à la commission de décider de la meilleure manière d'exercer ses fonctions. Comme nous l'avons vu, la cour parle ensuite du caractère informel de la procédure d'enquête et affirme notamment: «Il n'est pas tenu de permettre la présence d'avocats». Les conséquences directes du rapport de l'enquêteur, y compris son effet sur l'individu qui fait l'objet de l'enquête, plutôt que la nature du tribunal qui y procède, sont devenues le critère dominant. Chaque cas est fonction des dispositions législatives et des faits et circonstances particuliers en cause.

In *Hannah, supra*, the principle was laid down that due process rights did not generally adhere to purely investigative bodies, otherwise acting within their statutory mandate, and consequently the Court did not intervene. The majority of the Court stated at p. 442: "The nature of the alleged right involved, the nature of the proceeding, and the possible burden on that proceeding, are all considerations which must be taken into account . . ." when determining the applicability of the principles of due process under the Fourteenth Amendment. The majority judgment written by Warren C.J. also added at p. 449: ". . . the grand jury merely investigates and reports. It does not try," and accordingly, due process does not attach. (See comments on *Hannah, supra*, in Ernest H. Schopler, "Right to Assistance by Counsel in Administrative Proceedings" (1970), 33 *ALR3d* 229, at pp. 249-56.)

In *Jenkins, supra*, however, the Supreme Court applied the due process requirements of the Fourteenth Amendment to an investigative agency which was required to make "public findings, whether there is probable cause to believe violations of the criminal laws have occurred", to report such findings to law enforcement agencies and to request that the executive branch refer the matter to the Attorney General for prosecution. Only a limited statutory right of cross-examination was granted by the legislation. Neither witnesses nor persons being investigated had the right to call witnesses before the inquiry. The statute provided:

In no event shall counsel for any witness have any right to examine or cross-examine any other witness but he may submit to the commission proposed questions to be asked of any other witness appearing before the commission, and the commission shall ask the witness such of the questions as it deems to be appropriate to its inquiry.

While *Hannah, supra*, was confirmed, the Commission of Inquiry, in the words of Marshall J., writing for the majority of the court in *Jenkins* at

Dans l'arrêt *Hannah*, précité, il fut posé comme principe qu'en général les droits relatifs à l'application régulière de la loi ne s'appliquaient pas aux organismes d'enquête purs et simples, si ce n'est l'obligation d'agir dans le cadre du mandat conféré par la loi, et en conséquence la Cour n'est pas intervenue. La Cour à la majorité a affirmé, à la p. 442: [TRADUCTION] «La nature du droit allégué en cause, la nature de l'instance et le fardeau éventuel qui pourrait l'entraver sont tous des considérations dont il faut tenir compte . . . » lorsqu'on statue sur l'applicabilité des principes de l'application régulière de la loi aux termes du Quatorzième amendement. L'arrêt majoritaire, rédigé par le juge en chef Warren, ajoute aussi, à la p. 449: [TRADUCTION] «[. . .] le grand jury se borne à enquêter et à faire rapport. Il ne juge pas,» et en conséquence, aucun droit à l'application régulière de la loi ne s'y rattache. (Voir le commentaire de l'arrêt *Hannah*, précité, dans Ernest H. Schopler, «Right to Assistance by Counsel in Administrative Proceedings» (1970), 33 *ALR3d* 229, aux pp. 249 à 256.)

Toutefois, dans l'arrêt *Jenkins*, précité, la Cour suprême a appliqué les exigences du Quatorzième amendement, en matière d'application régulière de la loi, à un organisme d'enquête requis de [TRADUCTION] «constater publiquement s'il y avait des motifs probables de croire que des infractions criminelles avaient été commises», de faire rapport de ses constatations aux organismes d'application de la loi et de demander que l'organe exécutif renvoie l'affaire au Procureur général pour qu'il intente des poursuites. La loi en cause ne conférait qu'un droit limité au contre-interrogatoire. Ni les témoins ni ceux qui faisaient l'objet de l'enquête ne pouvaient assigner de témoins devant la commission d'enquête. La Loi portait:

[TRADUCTION] En aucun cas, l'avocat d'un témoin n'a le droit d'interroger ou de contre-interroger un autre témoin, mais il peut soumettre à la commission des propositions de question à poser à tout autre témoin assigné devant elle, la commission ne posant alors au témoin que les questions qu'elle juge opportunes pour l'enquête.

Certes l'arrêt *Hannah*, précité, a été confirmé, mais la commission d'enquête, pour reprendre les termes du juge Marshall, auteur de l'arrêt de la

p. 416: "... is required to determine, in public findings, whether there is probable cause to believe violations of the criminal laws have occurred," and accordingly the principles of *Hannah* were found to be inapplicable. As a result, due process requirements were imposed by the court. Marshall J. went on to state at p. 427:

In our view, however, the Commission in the present case differs in a substantial respect from the Civil Rights Commission and the other examples cited by the Court in *Hannah* ... the Commission does not adjudicate in the sense that a court does, nor does the Commission conduct, strictly speaking, a criminal proceeding. Nevertheless, the Act, when analyzed in light of the allegations of the complaint, makes it clear that the Commission exercises a function very much akin to making an official adjudication of criminal culpability.

and again at p. 429: "... that due process requires the Commission to afford a person being investigated the right to confront and cross-examine the witnesses against him, subject only to traditional limitations on those rights"; and at p. 431 added: "In addition, the alleged function of the Commission is to make specific findings of guilt, not merely to investigate and recommend". It would appear that a statute which only requires the investigatory authority to make recommendations in its report (as distinct from findings of misconduct) would not attract the due process requirements of the Fourteenth Amendment.

It should be noted that Harlan J., writing in dissent for himself and two other members of the Court in *Jenkins* at p. 439, would have excluded the Commission from the due process requirement: "The Commission has no authority to adjudicate a person's guilt or innocence, and its recommendations and findings have no legal consequences whatsoever," and later added, at p. 441:

... it has not been seriously suggested that a "person under investigation" by a district attorney has any of the

Cour à la majorité dans l'affaire *Jenkins*, à la p. 416, [TRADUCTION] «... doit déterminer dans ses conclusions publiques s'il y a des motifs probables de croire qu'il y a eu violation du droit criminel», et c'est pourquoi les principes de l'arrêt *Hannah* ont été jugés inapplicables. En conséquence, la Cour a exigé le respect des exigences en matière d'application régulière de la loi. Le juge Marshall ajoute, à la p. 427:

[TRADUCTION] À notre avis toutefois, la commission en l'espèce diffère, sous un aspect important, de la Civil Rights Commission et des autres exemples que cite la Cour dans l'arrêt *Hannah* ... La commission ne statue pas au sens où un tribunal judiciaire le fait et, à proprement parler, ne préside pas à une instance criminelle. Néanmoins lorsqu'on analyse la Loi en fonction des allégations contenues dans la plainte, il devient clair que la commission exerce une fonction qui s'apparente de près à une décision officielle de culpabilité criminelle.

Et, à nouveau, à la p. 429: [TRADUCTION] «... que l'application régulière de la loi oblige la commission à accorder à la personne qui fait l'objet de l'enquête le droit d'affronter et de contre-interroger les témoins qui déposent contre elle, sous réserve seulement des restrictions traditionnelles apportées à ces droits». Puis à la p. 431, il ajoute: [TRADUCTION] «En outre, on allègue qu'il appartient à la commission de formuler des déclarations spécifiques de culpabilité et non simplement d'enquêter et de faire des recommandations». Il semblerait qu'une loi qui ne fait qu'exiger de l'organisme d'enquête qu'il formule des recommandations dans son rapport (plutôt que de conclure à l'existence d'une faute) ne lui imposerait pas les exigences de l'application régulière de la loi du Quatorzième amendement.

On notera que le juge Harlan, qui a exprimé une dissidence en son propre nom et en celui de deux autres membres de la Cour dans l'affaire *Jenkins*, à la p. 439, aurait soustrait la commission à l'exigence de l'application régulière de la loi: [TRADUCTION] «La commission n'a pas le pouvoir de statuer sur la culpabilité ou l'innocence d'une personne et ses recommandations et conclusions n'ont aucune conséquence juridique quelle qu'elle soit» et il ajoute plus loin, à la p. 441:

[TRADUCTION] ... on n'a pas sérieusement laissé entendre que la «personne qui fait l'objet d'une enquête»

“adjudicative” constitutional rights at the investigative stage. These rights attach only after formal proceedings have been initiated.

He then reminded the majority, at pp. 442-43:

Before the Court holds that a purely investigatory agency must adopt the full roster of adjudicative safeguards, however, it would do well to heed carefully its own warning in *Hannah*, that such a requirement “would make a shambles of the investigation and stifle the agency in its gathering of facts.”

The judgments of the courts of the United Kingdom and the United States sound the same cautions. Neither jurisdiction appears to have produced a rule or gauge of easy application to determine when “fairness” or “due process” should apply to an administrative authority not subject (at least in the U.K. law) to the full force of the principles of natural justice, when acting in a purely administrative function. Each jurisdiction may bring an investigatory function within the fairness standard depending on the type and nature of the investigation, the nature of the right involved, the possible burden on the process and, most importantly, whether the particular investigation process exposes the person being investigated to prosecution, publication and serious adverse findings or other loss or damage.

As we have seen, s. 20(1) of the Act provides both a qualified and an unqualified right to counsel. The section provides no guide to the administrative agency or the courts for its implementation and application. A remarkably similar provision appears in the United States *Administrative Procedure Act*, 5 U.S.C.A., § 555(b):

§ 555. . . .

(b) A person compelled to appear in person before an agency or representative thereof is entitled to be accompanied, represented, and advised by counsel or, if permitted by the agency, by other qualified representative.

menée par le *district attorney* jouit de droits constitutionnels «d'ordre décisionnel» au stade de l'enquête. Ces droits ne naissent qu'une fois commencée l'instance formelle.

^a Il rappelle alors à la Cour à la majorité, aux pp. 442 et 443:

[TRADUCTION] Avant de conclure qu'un simple organisme d'enquête doit adopter toute la panoplie des garanties en matière décisionnelle, le Cour ferait bien de prendre soin de se rappeler son propre avertissement dans l'arrêt *Hannah*, qu'une telle exigence «sèmerait la pagaille dans l'enquête et entraverait l'organisme dans sa recherche des faits».

^c La jurisprudence tant des tribunaux du Royaume-Uni que de ceux des États-Unis appelle à la même prudence. Aucun de ces ressorts ne semble avoir dégagé une règle ou norme facile à appliquer pour déterminer quand le principe de l'«équité» ou celui de «l'application régulière de la loi» doit être appliqué à des autorités administratives non assujetties (à tout le moins selon le droit du R.-U.) à l'application intégrale des principes de justice naturelle, dans l'exercice d'une fonction purement administrative. Chaque ressort peut soumettre la fonction d'enquête à la norme de l'équité selon le type et la nature de l'enquête, la nature du droit en cause, les entraves éventuelles à la procédure et, ce qui est plus important, selon que la procédure d'enquête visée expose la personne qui en fait l'objet à des poursuites, à la publicité et à des conclusions préjudiciables graves ou à quelque ^g autre perte ou dommage.

Comme nous l'avons vu, le par. 20(1) de la Loi confère un droit à l'assistance d'un avocat, avec réserve dans un cas et sans réserve dans l'autre. ^h L'article ne fournit à l'organisme administratif ou aux tribunaux judiciaires aucun guide sur sa mise en oeuvre et son application. Une disposition remarquablement similaire se retrouve aux États-Unis dans l'*Administrative Procedure Act*, 5 U.S.C.A., § 555(b):

[TRADUCTION] § 555. . . .

(b) Quiconque est assigné à comparaître en personne devant un organisme, ou son représentant, a le droit ^j d'être accompagné, représenté et assisté par un avocat ou, avec l'autorisation de l'organisme, par quelque autre représentant compétent.

The Court of Appeals, 9th Circuit, examined this provision in *F.C.C. v. Schreiber*, 329 F.2d 517 (1964). The trial court had found no right in counsel to cross-examine other witnesses in a purely investigatory proceeding and this issue was not appealed by the parties. The majority of the Court concluded that the investigating commission had the authority to prohibit counsel from objecting to questions put by the Commission and from arguing objections on the record. The majority of the court stated through Foley D.J., at p. 526:

We hold that the word "represented" must be read in light of the Due Process Clause of the Fifth Amendment and therefore varies in meaning depending upon the nature of the function being exercised. While counsel may, as a matter of right, object and argue objections on the record, just as he may, as a matter of right, cross-examine and call witnesses in a trial-type, adjudicatory proceeding, these rights do not exist in the fact-finding, nonadjudicative investigation unless specifically provided by statute or duly promulgated rules. The right to object and argue objections on the record is not to be implied, here, from the use of the word "represented" in Section 6(a).

Browning C.J. dissented, at pp. 537-38:

Precisely what the right to be "represented *** by counsel" comprehends may depend to some extent upon the nature of the inquiry, and other surrounding circumstances, but it cannot reasonably import less, as to a witness in an investigative proceeding, than the right to have counsel object to questions put to the witness and state his reasons in the record.

It was conceded by all the parties in *Schreiber* that witnesses before purely investigative bodies have no constitutional right to the aid of counsel. It should be said of this authority that the administrative body, the Federal Communications Commission, was there engaged in an investigation leading to rule-making legislative action by the

La Court of Appeals, 9th Circuit, a étudié cette disposition dans l'arrêt *F.C.C. v. Schreiber*, 329 F.2d 517 (1964). Le tribunal de première instance avait jugé que l'avocat n'avait nullement le droit de contre-interroger les autres témoins au cours d'une simple procédure d'enquête et les parties n'avaient pas interjeté appel sur ce point. La cour, à la majorité, a conclu que la commission d'enquête avait le pouvoir d'interdire aux avocats de s'opposer aux questions posées par la commission et de faire consigner leurs objections au dossier. S'exprimant au nom de la cour à la majorité, le juge de district Foley déclare ce qui suit, à la p. 526:

[TRADUCTION] Nous jugeons que le terme «représenté» doit être interprété en fonction de la clause de l'application régulière de la loi du Cinquième amendement et donc que son sens varie selon la nature de la fonction exercée. Certes l'avocat peut, en droit, formuler des objections et les faire consigner au dossier, tout comme il peut, en droit, contre-interroger et citer des témoins dans une procédure décisionnelle tenant du procès, mais ces droits n'existent pas au cours d'une enquête où aucune décision n'est rendue et qui est limitée à rechercher des faits, à moins que la loi ou quelque règlement dûment promulgué ne le prévoie expressément. Le droit de s'opposer et de faire consigner ses objections au dossier ne saurait découler, ici, de l'emploi du terme «représenté» à l'alinéa 6a).

Le juge en chef Browning a été dissident, aux pp. 537 et 538:

[TRADUCTION] Ce que le droit d'être «représenté *** par un avocat» comprend précisément peut dépendre dans une certaine mesure de la nature de l'enquête et d'autres circonstances en présence, mais il ne peut raisonnablement comporter moins, dans le cas d'un témoin assigné à une procédure d'enquête, que le droit à ce que l'avocat du témoin s'oppose aux questions qui sont posées à son client et à ce que ses raisons soient consignées au dossier.

Toutes les parties à l'affaire *Schreiber* ont reconnu que les témoins assignés devant de simples organismes d'enquête ne jouissent d'aucun droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat. Il faut dire que, dans cette affaire, l'organisme administratif, la Federal Communications Commission, procédait à une enquête devant mener à l'adoption de mesures de réglementation par la commission et non à l'attribution de licences ou à un exercice de

Commission and not in the licensing or licence discipline regulatory function of the Commission.

Much discussion has occurred in the courts and the law journals in the United States about the practice of conducting investigations in private either by reason of statutory or regulatory requirement. At one time condemned as a "Star Chamber" practice, recourse to that procedure is now frequently sought by the person under investigation and is generally opposed by the regulatory agency who seeks by public inquiry to promote the flow of information and to increase the accuracy of information so uncovered. (See: "The Distinction Between Informing and Prosecutorial Investigations: A Functional Justification for 'Star Chamber' Proceedings" ((1963), 72 *Yale L.J.* 1227.) The stigma of public investigation, which ends in findings of conduct generally attracting opprobrium, has been seen in the United Kingdom and the United States courts as an important factor in determining the application of its procedural fairness principles and the right to and the role of counsel in such proceedings. In these proceedings the stage of public disclosure and participation has not been reached.

In Canada some litigation has been directed towards judicial surveillance of administrative investigatory procedures largely in the field of commissions of inquiry. Where those inquiries are created under a statute such as *The Public Inquiries Act* of Ontario, the decisions of the commission of inquiry are exposed to attack in the courts where statutory jurisdiction has been granted to pass upon the validity of any decision or order of the commissioner. Under this authority the courts have intervened and substituted their view of the proper exercise of discretion for that of the commissioner: see *Re The Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley and McDermott*, [1962] O.R. 872; *Public Inquiries Act and Shulman, Re*, [1967] 2 O.R. 375; and *Re Children's Aid Society of the County of York*, [1934] O.W.N. 418. In the words of Schroeder J.A. in *Feeley, supra*, s. 5(1) of *The Public Inquiries Act*,

la fonction disciplinaire au titre de la réglementation des licences par la Commission.

Un grand débat a eu lieu dans la jurisprudence et la doctrine aux États-Unis sur la pratique des enquêtes tenues à huis clos en raison d'exigences légales ou réglementaires. Condamnée à une certaine époque comme une pratique tenant d'une inquisition, les personnes qui font l'objet d'une enquête ont maintenant fréquemment recours à cette procédure, à laquelle s'oppose généralement l'organisme réglementaire qui cherche, par une enquête publique, à favoriser le flux des renseignements et à accroître l'exactitude des données ainsi découvertes. (Voir: «The Distinction Between Informing and Prosecutorial Investigations: A Functional Justification for 'Star Chamber' Proceedings» (1963), 72 *Yale L.J.* 1227.) Le stigmate que laisse une enquête publique, quand elle se termine par une conclusion qu'il y a eu conduite qui suscite généralement l'opprobre, a été considérée tant par les tribunaux judiciaires du Royaume-Uni que par ceux des États-Unis comme un facteur important lorsqu'il s'agit de décider de l'application des principes d'équité en matière de procédure, du droit à l'assistance d'un avocat et de son rôle dans une instance de ce genre. En l'espèce, on n'est pas arrivé au stade de la divulgation publique et de la participation.

Au Canada, certains litiges ont porté sur la surveillance judiciaire des procédures d'enquêtes administratives surtout dans le domaine des commissions d'enquête. Lorsque ces enquêtes sont instituées en vertu d'une loi, telle *The Public Inquiries Act* de l'Ontario, les décisions de la commission d'enquête sont susceptibles d'être contestées devant les tribunaux si la Loi leur confère le pouvoir de se prononcer sur la validité de toute décision ou ordonnance du commissaire. En vertu de ce pouvoir, les tribunaux sont intervenus et ont substitué leur opinion sur l'exercice adéquat d'un pouvoir discrétionnaire à celle du commissaire: voir *Re The Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley and McDermott*, [1962] O.R. 872, *Public Inquiries Act and Shulman, Re*, [1967] 2 O.R. 375, et *Re Children's Aid Society of the County of York*, [1934] O.W.N. 418. Pour reprendre les termes du juge Schroeder de la Cour d'appel, dans

R.S.O. 1960, c. 323, providing as it does for a stated case to the Court of Appeal, is "unique" and this no doubt explains the action taken by the Court of Appeal in the above decisions. Acting under this authority the Court has, for example in *Children's Aid Society, supra*, observed that "... everyone should have the right to cross-examine any witness whom he believes to be in error or to be suppressing facts", *per* Riddell J.A., at p. 420. Middleton J.A. added, at p. 421, that "the fullest right to cross-examine should be permitted". In *Feeley*, the Commissioner had denied the right of counsel representing persons identified in the terms of reference of the inquiry from cross-examining witnesses. There was no debate on the issue as to whether such parties are a "person affected" in the words of *The Public Inquiries Act*. The Court overturned the Commissioner and concluded that such counsel was entitled to call witnesses and to examine them in chief; was entitled to cross-examine witnesses called by commission counsel or any other person where the evidence was against the interests of counsel's client; and was entitled to obtain a transcript of testimony taken *in camera*. In reaching these conclusions the Court of Appeal relied upon *St. John, supra*. Writing on behalf of the majority (himself and Aylesworth J.A.), Schroeder J.A. stated, at p. 896:

In the present inquiry, allegations of a very grave character have been made against the applicants, imputing to them the commission of very serious crimes. It is true that they are not being tried by the Commissioner, but their alleged misconduct has come under the full glare of publicity, and it is only fair and just that they should be afforded an opportunity to call evidence, to elicit facts by examination and cross-examination of witnesses and thus be enabled to place before the commission of inquiry a complete picture rather than incur the risk of its obtaining only a partial or distorted one. It is a right to which they are, in my view, fairly and reasonably entitled and it should not be denied them.

l'arrêt *Feeley*, précité, le par. 5(1) de *The Public Inquiries Act*, R.S.O. 1960, chap. 323, du fait qu'il prévoit un exposé de cause à la Cour d'appel, est «unique», ce qui sans aucun doute explique les mesures prises par la Cour d'appel dans les décisions précitées. Agissant en vertu de ce pouvoir, la cour a, par exemple dans l'affaire *Children's Aid Society*, précitée, fait observer que [TRADUCTION] «... chacun devrait avoir le droit de contre-interroger un témoin quand il croit que celui-ci se trompe ou qu'il supprime des faits», le juge Riddell, à la p. 420. Le juge Middleton ajoute, à la p. 421, que [TRADUCTION] «le droit le plus complet de contre-interroger devrait être accordé». Dans l'affaire *Feeley*, le commissaire avait refusé aux avocats représentant les personnes identifiées dans le mandat d'enquête le droit de contre-interroger les témoins. Il n'y a eu aucun débat pour savoir si ces parties constituaient des [TRADUCTION] «personnes touchées» au sens de *The Public Inquiries Act*. La Cour a écarté la décision du commissaire pour conclure que ces avocats avaient le droit d'assigner des témoins et de les soumettre à l'interrogatoire principal, qu'ils pouvaient contre-interroger les témoins assignés par l'avocat de la commission ou par un autre personne, lorsque leur témoignage allait à l'encontre des intérêts de leur client, et qu'ils avaient le droit d'obtenir une transcription des témoignages entendus à huis clos. En tirant ces conclusions, la cour d'appel s'est appuyée sur l'arrêt *St. John*, précité. S'exprimant au nom de la cour à la majorité (lui-même et le juge Aylesworth), le juge Schroeder déclare, à la p. 896:

[TRADUCTION] Dans la présente enquête, il y a eu des allégations très sérieuses contre les requérants, leur imputant la perpétration de crimes très graves. Il est vrai qu'ils ne sont pas jugés par le commissaire, mais tous les feux de la publicité ont été braqués sur la faute qu'ils auraient commise, aussi n'est-il qu'équitable et juste qu'ils puissent produire une preuve pour éclaircir certains faits au moyen de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire des témoins, et être ainsi à même de dresser devant la commission d'enquête un tableau complet de la situation et éviter qu'elle ne risque d'être saisie que d'une esquisse incomplète ou déformée. J'estime que c'est là un droit qu'ils peuvent équitablement et raisonnablement invoquer et qui ne devrait pas leur être refusé.

In light of the important factual and legal differences between a public inquiry held under *The Public Inquiries Act* and an investigative inquiry which in the present case is held completely in private, and which generally do not lead in a systematic way to prejudice, prosecution or deprivation, the public inquiry cases are of little use in resolving the issues now before us.

It follows from the above discussion that neither s. 20(1) of the Act nor the doctrine of fairness provides the appellants with a right to cross-examine witnesses at the inquiry. Fairness is a flexible concept and its content varies depending on the nature of the inquiry and the consequences for the individuals involved. The characteristics of the proceeding, the nature of the resulting report and its circulation to the public, and the penalties which will result when events succeeding the report are put in train will determine the extent of the right to counsel and, where counsel is authorized by statute without further directive, the role of such counsel. The investigating body must control its own procedure. When that body has determinative powers, different considerations enter the process. The case against the investigated must be made known to him. This is provided for in the Act at each of the progressive stages of the inquiry.

The appellants argue that the consequential impact of the reduced scope of counsel activity allowed by the Hearing Officer will result in a loss of reputation, exposure to criminal prosecution, reduction of freedom to compete with others by reason of loss of protection under existing custom tariffs, and the exposure to adverse action by other federal agencies who may receive representations from the Director. This argument founders on prematurity in fact and under the provisions of the Act as well. Any loss of reputation, or the right to maintain a good reputation in the community, will be largely and probably entirely dependent on the publication of the transcript of evidence taken before the Hearing Officer. This the Hearing Officer may not bring about. Such a loss or prejudice

Compte tenu des différences importantes qui existent, tant sur le plan des faits que sur celui du droit, entre une enquête publique tenue sous le régime de *The Public Inquiries Act* et une procédure d'enquête qui, en l'espèce, se déroule entièrement à huis clos et qui, généralement, n'entraîne pas systématiquement un préjudice, une poursuite ou une déposssession, la jurisprudence portant sur les enquêtes publiques n'est guère utile pour ce qui est de résoudre les points litigieux dont nous sommes saisis.

Il découle de l'analyse qui précède que ni le par. 20(1) de la Loi ni le principe de l'équité ne confèrent aux appelants le droit de contre-interroger les témoins à l'enquête. L'équité est une notion souple et son contenu varie selon la nature de l'enquête et les conséquences qu'elle peut avoir pour les individus en cause. Les caractéristiques de la procédure, la nature du rapport qui en résulte et sa diffusion publique, et les sanctions qui s'ensuivront lorsque les événements qui suivent le rapport seront enclenchés, détermineront l'étendue du droit à l'assistance d'un avocat et, lorsqu'un avocat est autorisé sans plus par la Loi, le rôle de cet avocat. L'organisme d'enquête doit être maître de sa propre procédure. Lorsque cet organisme détient des pouvoirs décisionnels, des considérations différentes entrent en scène. La preuve qui pèse contre la personne qui fait l'objet de l'enquête doit lui être communiquée. C'est ce que prévoit la Loi à chaque étape de l'enquête.

Les appelants soutiennent que la limitation des activités des avocats autorisées par l'officier enquêteur aura un effet qui se traduira par des dommages à la réputation, le risque de poursuites au criminel, la réduction de la liberté de faire concurrence aux autres en raison de la perte de la protection des tarifs douaniers existants, et l'exposition à une action préjudiciable de la part des autres organismes fédéraux auxquels le directeur peut présenter des observations. Cet argument se heurte au fait qu'il est prématuré tant en fait qu'en vertu des dispositions de la Loi. Tout dommage à la réputation ou au droit de conserver une bonne réputation au sein de la collectivité dépend largement, et probablement entièrement, de la publication de la transcription des témoignages entendus

might be suffered by an appellant if the Director published a report on the evidence gathered in his investigation. The statute, however, does not require a report from the Director but only a statement of evidence under s. 18. This statement is not published but is delivered by the Director only to the persons against whom an allegation is therein made, and to the Commission. The Commission thereafter is required to consider the statement as well as "other evidence or material" as the Commission considers advisable (s. 18(3)), and shall make a report to the Minister. Where the report is made "against any person" the Commission shall make no such report unless such person has been allowed "full opportunity to be heard in person or by counsel" (subs.(2)). Thus subsections (2) through (4) of s. 18 largely offset any hardship incurred by the denial of cross-examination at this preliminary stage before the Hearing Officer. Any "recommendations" or "findings" which reach the Minister as a result of this lengthy and tiered process shall be those of the Commission and not of the Hearing Officer or of the Director (s. 19(2)). This is the first report or statement that shall be made public unless the Commission and the Minister decide publication should be withheld. None of these potential developments has yet been realized in the stage that the statutory process has reached in these proceedings. We are engaged only in the first stage of information gathering.

There are two other steps which the Director may take or may be called upon to take. Section 15 authorizes a Director to remit any records or evidence to the Attorney General of Canada "for consideration as to whether an offence has been or is about to be committed . . . and for such action as the Attorney General may be pleased to take". By section 15(1) and (2), the Attorney General alone may consider whether an offence has been committed and whether any action including prosecution shall be taken. Should the Attorney General determine that an offence has been committed, the statute requires that he institute and conduct any such prosecution. The Director's role in this section is clearly of a purely investigatory nature and

par l'officier enquêteur. L'officier enquêteur peut éviter cette publication. Ce dommage ou ce préjudice pourrait être causé à un appelant si le directeur rendait public un rapport sur la preuve réunie au cours de son enquête. La Loi néanmoins exige non pas un rapport du directeur, mais uniquement un exposé de la preuve en vertu de l'art. 18. Cet exposé n'est pas rendu public, mais n'est remis par le directeur qu'aux personnes visées par les allégations qu'il contient et à la Commission. La Commission doit alors étudier l'exposé ainsi que toute «preuve ou matière» qu'elle juge opportune (par. 18(3)) et faire rapport au Ministre. Lorsque le rapport est fait «contre qui que ce soit», la Commission ne doit le présenter que si la personne en cause a eu «l'occasion voulue de se faire entendre en personne ou par un avocat» (par. (2)). Ainsi les par. (2) à (4) de l'art. 18, compensent largement tout inconvénient qu'entraîne le refus du contre-interrogatoire à ce stade préliminaire devant l'officier enquêteur. Toutes les «recommandations» ou «conclusions» qui se rendront jusqu'au Ministre à la suite de cette longue procédure en gradins seront celles de la Commission et non de l'officier enquêteur ou du directeur (par. 19(2)). Ce sera le premier rapport ou exposé qui sera rendu public, à moins que la Commission et le Ministre ne décident de ne pas en autoriser la publication. Aucun de ces événements potentiels ne s'est réalisé jusqu'ici, au stade où la procédure légale en était rendue en l'espèce. Nous n'en sommes qu'au premier stade, celui de la recherche de renseignements.

Il existe deux autres mesures que le directeur peut prendre ou être appelé à prendre. L'article 15 autorise le directeur à remettre tout dossier ou élément de preuve au procureur général du Canada «pour examen sur la question de savoir si l'on a commis ou si l'on est sur le point de commettre une infraction . . . et pour toutes mesures qu'il plaît au procureur général du Canada de prendre». Selon les par. 15(1) et (2), seul le procureur général peut examiner si une infraction a été commise et s'il y a lieu de prendre des mesures et, notamment, d'intenter des poursuites. Si jamais le Procureur général décide qu'une infraction a été commise, la Loi requiert qu'il engage et exerce des poursuites. Le rôle du directeur dans cet article,

entirely preliminary to any action which might adversely affect any person.

If an individual is prosecuted criminally, s. 20(2) of the Act prevents testimony he gave at the hearing from being used against him at trial. Section 643 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, may have some relevance with regard to the testimony given by other witnesses before the Hearing Officer. Through that provision evidence taken by the Hearing Officer might conceivably find its way into a criminal process under the *Code*. The exception to the hearsay rule enacted by s. 643, however, would not permit the use of such evidence where the accused, against whom the evidence might be used, did not have a full opportunity to cross-examine.

By section 26 the Minister may require the Director to submit an interim report to the Minister in which the Director shall set out "the evidence obtained and the Director's opinion as to the effect of the evidence". The matter stops there. The statute neither directs nor authorizes the Minister to take any further action. In particular there is no provision for the publication of the interim report by either the Director or the Minister. There is no provision for the laying or prosecution of charges by the Minister.

In all these steps up the flight of investigatory stairs, all these inquiries must by s. 27 be held in private. The Director and the Hearing Officer have no authority to conduct an inquiry otherwise. The Commission may decide to hold in public all or part of an inquiry conducted by the Commission. Section 27(2) indicates a distinction between "an inquiry before the Commission" and "other proceedings before the Commission". We are not, in any case, concerned at this stage of the process with any action which the Commission might or might not hereinafter take.

The position of the appellants is substantially the same as though the investigative process had been undertaken by the traditional police inquiry followed by a preliminary hearing, except for the

est manifestement un simple rôle d'enquête et est entièrement préliminaire à toute action qui pourrait porter préjudice à un justiciable.

a Si un individu est poursuivi au criminel, le par. 20(2) de la Loi interdit d'utiliser contre lui au procès le témoignage qu'il a donné à l'enquête. L'article 643 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, peut être d'une certaine utilité dans le cas du b témoignage des autres témoins entendus par l'officier enquêteur. Par le biais de cette disposition, il se pourrait que les témoignages recueillis par l'officier enquêteur réapparaissent au cours d'une procédure criminelle en vertu du *Code*. Toutefois, c l'exception à la règle du oui-dire édictée par l'art. 643 n'autoriserait pas le recours à ce témoignage lorsque l'accusé, contre qui il pourrait être utilisé, n'a pas eu pleinement l'occasion de contre-interroger. d

e Selon l'art. 26, le Ministre peut requérir du directeur qu'il lui soumette un rapport provisoire indiquant «la preuve obtenue et l'opinion du directeur sur l'effet de la preuve». Les choses s'arrêtent là. La Loi n'ordonne pas au Ministre et ne lui permet pas de prendre d'autres mesures. En particulier, il n'y aucune disposition prévoyant la publication du rapport provisoire soit par le directeur, f soit par le Ministre. Il n'existe aucune disposition prévoyant que le Ministre peut porter des accusations ou engager des poursuites.

g Aux divers paliers de cet escalier de la procédure d'enquête, toutes les enquêtes doivent, en vertu de l'art. 27, se faire à huis clos. Le directeur et l'officier enquêteur n'ont pas le pouvoir de procéder à une enquête autrement. La Commission peut décider qu'une enquête qu'elle effectue elle-même sera publique en totalité en partie. Le paragraphe 27(2) distingue entre «une enquête devant la Commission» et «les autres procédures intentées devant la Commission». De toute façon, nous ne nous intéressons pas, à ce stade de la procédure, aux mesures que la Commission pourrait prendre ou s'abstenir de prendre ultérieurement. h i

j La position des appelants est essentiellement la même que si la procédure d'enquête avait commencé par l'enquête policière traditionnelle, suivie d'une enquête préliminaire, sauf qu'il se pourrait

possibility that evidence taken under s. 17 might not be subjected to cross-examination until the stage of a Commission hearing. Even that circumstance has long been with us in the criminal process at the inquest stage. *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465, and *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9, reaffirm the ancient process whereby persons interested in the inquest proceedings may not themselves examine witnesses but rather are required to put suggested questions to the representative of the Crown. This important step in the investigative process also has adjudicative aspects in the making of findings and recommendations and does so in a public hearing. Nonetheless there is no right in interested or affected parties to cross-examine witnesses or to lead evidence.

In *R. v. McDonald, Ex parte Whitelaw* (1968), 2 D.L.R. (3d) 298, the British Columbia Court of Appeal held that a person suspected of an offence but not yet charged is a compellable witness at a coroner's inquest. Bull J.A. stated at p. 300:

... a person who is not charged, but who is or may be suspected of, or may be later charged with, a crime or offence is in no different position from any other witness summoned to, or present at, the inquest, and may be compelled to give evidence thereat, subject to such protection with respect to incriminating statements as to which he may be entitled under applicable law.

McFarlane J.A. agreed at p. 312:

No authority, binding or persuasive, has been produced in which it has been decided judicially that the principle expressed in the maxim *nemo tenetur seipsum accusare* applies so as to exempt a person not charged with any offence from being compellable as a witness at a Coroner's inquest.

The inquest has been a part of our criminal process for more than a century and has been a significant institution in the English and Canadian legal history combined for many centuries. Com-

que les témoignages recueillis en vertu de l'art. 17 ne puissent pas faire l'objet d'un contre-interrogatoire avant d'avoir atteint le stade de l'audience devant la Commission. Même un tel état de choses fait partie depuis longtemps de notre procédure criminelle, au stade de l'enquête. Les arrêts *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465, et *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9, confirment l'ancienne procédure aux termes de laquelle les personnes intéressées dans une procédure d'enquête ne peuvent elles-mêmes interroger des témoins, étant obligées plutôt de se contenter de proposer certaines questions au représentant du ministère public. Ce stade important de la procédure d'enquête comporte aussi des aspects décisionnels en ce sens que l'on formule des conclusions et des recommandations, et ce, dans le cadre d'une audience publique. Néanmoins, il n'existe aucun droit pour les parties intéressées ou touchées de contre-interroger les témoins ou de produire une preuve.

Dans l'arrêt *R. v. McDonald, Ex parte Whitelaw* (1968), 2 D.L.R. (3d) 298, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que la personne qui est soupçonnée d'avoir commis une infraction, mais qui n'a pas encore fait l'objet d'une accusation, est un témoin contraignable à l'enquête du coroner. Le juge Bull affirme, à la p. 300:

[TRADUCTION] ... la personne qui n'est pas inculpée, mais qui est ou peut être soupçonnée, ou qui peut être inculpée par la suite, d'un crime ou d'une infraction, n'est pas dans une situation différente des autres témoins cités ou présents à l'enquête; aussi peut-elle être contrainte d'y témoigner, sous réserve des garanties contre les déclarations incriminantes auxquelles elle peut avoir droit en vertu du droit applicable.

Le juge McFarlane se dit d'accord avec cela, à la p. 312:

[TRADUCTION] On n'a soumis aucun précédent, obligatoire ou persuasif, dans lequel il aurait été jugé que le principe qu'exprime la maxime *nemo tenetur seipsum accusare* s'applique de manière à exempter une personne non accusée de quelque infraction d'être contrainte à témoigner à une enquête du coroner.

L'enquête du coroner fait partie intégrante de notre procédure criminelle depuis plus d'un siècle et elle représente une institution importante dans l'histoire conjointe du droit anglais et du droit

paratively speaking, the inquest holds out the prospect of jeopardy under the criminal law in a much more significant way than does the investigatory sequence established in Parts I and II of the Act.

These proceedings have not reached the stage, in the words of Lord Wilberforce in *Wiseman v. Borneman*, [1971] A.C. 297, at p. 317, that "it is necessary to look at the procedure in its setting and ask the question whether it operates unfairly to the taxpayer to a point where the courts must supply the legislative omission". Courts must, in the exercise of this discretion, remain alert to the danger of unduly burdening and complicating the law enforcement investigative process. Where that process is in embryonic form engaged in the gathering of the raw material for further consideration, the inclination of the courts is away from intervention. Where, on the other hand, the investigation is conducted by a body seized of powers to determine, in a final sense or in the sense that detrimental impact may be suffered by the individual, the courts are more inclined to intervene. In the present case it was sufficient that the Hearing Officer allowed all the parties to be represented by counsel who could object to improper questioning and re-examine their clients to clarify the testimony given and to ensure that the full story was communicated by the witness counsel represented.

Mr. Wepler, Vice-President and Secretary-Treasurer of Drummond McCall Inc. is a potential and likely witness and thus the Hearing Officer had discretion to exclude him from the hearing. By the time he was excluded, Drummond McCall Inc. was represented by counsel. This proceeding is not a trial where a corporation may need a corporate employee to assist counsel representing the corporation. No such right attaches to a purely investigatory process, particularly in the preliminary stage of an elaborate statutory structure where the corporation is represented by counsel.

canadien, depuis des siècles. En comparaison, l'enquête du coroner comporte des risques sur le plan du droit criminel beaucoup plus grands que l'enquête en plusieurs étapes établie aux parties I et II de la Loi.

La présente instance n'a pas atteint le stade où, pour reprendre les termes de lord Wilberforce dans l'arrêt *Wiseman v. Borneman*, [1971] A.C. 297, à la p. 317, [TRADUCTION] «il est nécessaire de considérer la procédure dans son contexte et de se demander si elle ne joue pas injustement contre le contribuable, au point où les tribunaux se doivent de suppléer à l'omission du législateur». Les tribunaux judiciaires doivent, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, toujours demeurer conscients du danger qu'il y a de surcharger et de compliquer indûment le processus d'enquête sur l'application de la loi. Lorsque ce processus, à l'état embryonnaire, consiste à rassembler des matériaux bruts pour étude ultérieure, les tribunaux ne sont pas enclins à intervenir. Lorsque, par ailleurs, l'organisme qui procède à l'enquête dispose de pouvoirs de statuer, dans un sens définitif ou en ce sens qu'un effet préjudiciable peut en résulter pour l'individu, les tribunaux sont plus enclins à intervenir. En l'espèce, il suffisait que l'officier enquêteur autorise toutes les parties à être représentées par des avocats en mesure de s'opposer aux irrégularités de l'interrogatoire et de réinterroger leurs clients pour clarifier le témoignage donné et s'assurer qu'un tableau complet de la situation était tracé par les témoins qu'ils représentaient.

M. Wepler, vice-président et secrétaire-trésorier de Drummond McCall Inc. est un témoin potentiel et probable, aussi l'officier enquêteur avait-il le pouvoir discrétionnaire de l'exclure de l'audience. Au moment où il a été exclu, Drummond McCall Inc. était représentée par un avocat. Cette instance n'est pas un procès où il peut être nécessaire qu'un employé de la personne morale vienne en aide à l'avocat qui la représente. Aucun droit de ce genre ne se rattache à un simple processus d'enquête, particulièrement au stade préliminaire d'une structure légale complexe, alors que la personne morale est représentée par un avocat.

Some of the appellants seek mandamus to compel the Hearing Officer "or such other person as may properly so do to order the re-attendance of the witness Kirch in order that counsel for the applicants may question him". This remedy is said to arise out of the order issued by the Chairman on an unknown date directing Kirch to appear to give evidence; and his order issued on February 3 appointing the Hearing Officer to receive the evidence of Kirch and others. The Act (s. 17) merely authorizes a Commissioner to appoint "any other person" before whom a person shall appear and be examined upon oath. The statute places no other duty or burden on such appointee other than to preside over the examination of the witness or witnesses named in the order. There is no basis for the operation of a writ of mandamus in respect of the Hearing Officer. He was present and ready to preside over the examination of the witness Kirch. Nothing else is required of the Hearing Officer under the statute.

The Director made application to the Chairman of the Commission on January 27, 1981 for an order under s. 17 directing Kirch and others to give evidence under oath before the Hearing Officer Griffin who was designated in the order as "the person before whom such evidence shall be given". Neither s. 17 nor the order of February 3 contain any directive to the Director to examine a witness in a particular manner or on any particular subject. The Director declined to do so because the witness Kirch did not wish to testify in the presence of other parties or witnesses and their respective counsel. The Director must be able to control his investigation process so long as he conforms to the statute. There is no ministerial duty arising in the Director under any statute, regulation or order made thereunder, to examine Kirch in any particular way or at all. (See S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 541.) If a ministerial duty to examine Kirch did arise it could be discharged in a perfunctory way by the Director. Courts historically do not issue orders which may not be enforced, which cannot produce a result of substance or value, or which might entail judicial supervision to ensure

Certains des appelants demandent un bref de *mandamus*, qui forcerait l'officier enquêteur [TRANSDUCTION] «ou toute autre personne compétente, à ordonner au témoin Kirch de comparaître à nouveau afin que l'avocat des requérants puissent l'interroger». Ce recours découle, dit-on, de l'ordonnance du président, rendue à une date inconnue et enjoignant à M. Kirch de comparaître pour témoigner, et de son ordonnance du 3 février désignant l'officier enquêteur pour procéder à l'audition du témoignage de Kirch et d'autres témoins. La Loi (art. 17) autorise simplement un membre de la Commission à désigner «toute autre personne» devant qui une personne devra comparaître et être interrogée sous serment. La Loi n'impose aucune autre obligation ou charge à celui qui est ainsi désigné, si ce n'est de présider à l'interrogatoire du ou des témoins désignés dans l'ordonnance. Il n'y a aucun motif d'adresser un bref de *mandamus* à l'officier enquêteur. Il était présent et disposé à présider à l'interrogatoire du témoin Kirch. La Loi ne requiert rien d'autre de l'officier enquêteur.

Le 27 janvier 1981, le directeur a demandé au président de la Commission de rendre une ordonnance, fondée sur l'art. 17, enjoignant à Kirch et à d'autres personnes de témoigner sous serment devant l'officier enquêteur Griffin, désigné dans l'ordonnance comme [TRANSDUCTION] «la personne qui recevra ces dépositions». Ni l'article 17 ni l'ordonnance du 3 février ne comportent une directive quelconque, adressée au directeur, d'interroger un témoin d'une manière particulière ou sur quelque sujet particulier. Le directeur a refusé de le faire parce que le témoin Kirch ne voulait pas témoigner en présence des autres parties ou témoins et de leurs avocats respectifs. Le directeur doit demeurer maître de sa procédure d'enquête dans la mesure où il se conforme à la Loi. Aucune loi, réglementation ou ordonnance rendue en application de celles-ci, n'impose au directeur quelque obligation, sur le plan administratif, d'interroger Kirch d'une manière particulière ni même de l'interroger tout simplement. (Voir S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), à la p. 541.) S'il y avait obligation, sur le plan administratif, d'interroger Kirch, le directeur pourrait s'en acquitter de manière superficielle.

enforcement (*Barnes v. City of London Real Property Co.*, [1918] 2 Ch. 18.) There is nothing in the record or in the allegations or submissions of any party before the Court to indicate that the Director has rendered himself incapable of fulfilling any other duty arising in him under the Act, by reason of his declining to examine Kirch. There is therefore no basis upon which the issuance of a mandamus directed against the Director can issue, and no case or submission has been made out for the issuance of a mandamus against the Chairman or any member of the Commission. There is no legal basis enabling this Court to respond to the application for a mandamus or other order compelling the examination of Kirch by the Director in the presence of the Hearing Officer.

What then is the position in law of the request by these appellants for an order that Kirch re-attend for examination under oath by counsel for these appellants? The statute reveals no rights in the appellants to obtain by any means the presence of Kirch before the Hearing Officer. At most a submission can be made that the order of February 3 must be enforced as against Kirch, and that once present before the Hearing Officer counsel other than the Director may put questions to him. Again the statute is silent on any such possibility. Section 17 is founded on an application *ex parte* by the Director and is not open to any other person. It might be argued that s. 20(1) gives a right to the counsel appearing before the Hearing Officer to examine any witness appearing before that officer but, for reasons already discussed, no such right at large has been found to arise. There would therefore appear to be no basis in the statute or at common law for the issuance of an order which would combine the exclusive right of the Director to obtain the presence of Kirch through an order of the Commission, and a perceived right under s. 20 in someone else to examine the witness so

Historiquement, les tribunaux ont toujours refusé de rendre des ordonnances non susceptibles d'exécution forcée, qui ne peuvent produire aucun résultat substantiel ou valable, ou qui pourraient nécessiter une surveillance judiciaire pour assurer leur exécution (*Barnes v. City of London Real Property Co.*, [1918] 2 Ch. 18). Rien dans le dossier ni dans les allégations ou les plaidoiries des parties comparantes n'indique que le directeur s'est rendu incapable de remplir toute autre obligation que lui impose la Loi par suite de son refus d'interroger Kirch. Il n'y a donc aucun motif justifiant de décerner un bref de *mandamus* contre le directeur et aucune preuve ni aucun argument n'ont été avancés à l'appui d'un bref de *mandamus* contre le président ou quelque autre membre de la Commission. Il n'y a aucun fondement juridique qui permette à la Cour de donner suite à la demande de *mandamus* ou d'une autre ordonnance enjoignant au directeur d'interroger Kirch en présence de l'officier enquêteur.

Quel est alors la situation en droit de la requête présentée par ces appelants en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à Kirch de comparaître à nouveau pour être interrogé sous serment par les avocats de ces appelants? La Loi ne révèle aucun droit, de la part des appelants, d'obtenir par un moyen quelconque la comparution de Kirch devant l'officier enquêteur. Tout au plus peut-on faire valoir que l'ordonnance du 3 février doit être exécutée contre Kirch et qu'une fois celui-ci présent devant l'officier enquêteur, les avocats, et non le directeur, peuvent l'interroger. Ici encore, il y a silence de la Loi sur ce genre de possibilité. L'article 17 est fondé sur une requête *ex parte* du directeur et nul autre ne peut s'en prévaloir. On pourrait soutenir que le par. 20(1) confère à l'avocat comparissant devant l'officier enquêteur le droit d'interroger tout témoin comparissant devant cet officier mais, pour les raisons déjà analysées, on n'a conclu à l'existence d'aucun droit général de ce genre. Il semblerait donc qu'il n'y a aucun motif dans la Loi ou la *common law* justifiant de rendre une ordonnance qui conjuguerait le droit exclusif du directeur d'obtenir la comparution de Kirch par voie d'ordonnance de la Commission et un prétendu droit que l'art. 20 conférerait à quelqu'un d'autre d'interroger le témoin ainsi assi-

produced. In my view, therefore, this part of the application must likewise be dismissed.

The area under investigation concerns trading crimes which by nature are difficult of investigation. Persons conspiring to profit improperly from trade combinations do not create much physical evidence and have every opportunity to disguise their conduct. The impact of the crime on the individuals affected is in each case very small in economic terms but in gross produces sizeable criminal profit. Again this type of crime requires more than the usual combination of informants and complainants from the public at large. The demonstration of the crime generally requires the early and active investigative action by the state itself. An awareness of these concerns by the legislators is apparent when the investigative program established in the Act is read as a whole. The interpretation of the Act in its dying days and of the successor statute will perhaps attract different tests and standards not applicable in these proceedings when the issues then before the courts will have arisen after the advent of the *Charter*.

Charter Issues

Several issues were raised which bring into consideration the application of some of the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to this appeal.

1. The Invalidity of ss. 17 and 20(1) of the Act

Section 17 is said by some of the appellants to be invalid by reason of conflict with s. 7 of the *Charter* because it requires a witness to testify under oath and thus incriminate himself, and with s. 8 of the *Charter* because it directs the production of documents without any demonstration of reasonable grounds for the order. Section 20(1) is said by some of the appellants to be invalid by reason of a discretion in the Commission to deny counsel to persons whose conduct is being inquired into.

gné. Voilà pourquoi j'estime que cette partie de la requête doit aussi être rejetée.

Le domaine d'enquête en cause concerne les crimes commerciaux qui par nature font difficilement l'objet d'une enquête. Les personnes qui complotent de profiter à tort de quelque tractation commerciale ne laissent guère de preuves matérielles derrière elles et elles ont toute l'occasion voulue pour camoufler leur conduite. L'effet du crime sur les individus touchés est, dans chaque cas, négligeable sur le plan économique, mais il génère globalement un profit criminel important. Faut-il le redire, ce genre de crime exige plus, pour le combattre, que la combinaison habituelle de dénonciateurs et de plaignants en provenance du grand public. La preuve du crime requiert généralement des mesures d'enquête promptes et actives de la part de l'État lui-même. La conscience de ces préoccupations par le législateur est apparente lorsque la procédure d'enquête établie par la Loi est envisagée dans son ensemble. L'interprétation de la Loi, pendant les derniers jours où elle s'appliquera, et celle de la loi qui lui succédera, appelleront peut-être des critères et des normes différents, inapplicables en l'espèce, alors que les litiges dont les tribunaux seront alors saisis seront nés après l'avènement de la *Charte*.

f Points litigieux qui relèvent de la Charte

Plusieurs points soulevés font entrer en ligne de compte l'application éventuelle de certaines dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* à l'espèce.

1. L'invalidité de l'art. 17 et du par. 20(1) de la Loi

L'article 17, disent certains des appelants, est invalide pour cause d'incompatibilité avec l'art. 7 de la *Charte*, du fait qu'il oblige un témoin à déposer sous serment et ainsi à témoigner contre lui-même, et avec son art. 8, du fait qu'il ordonne la production de documents sans aucune démonstration qu'il existe des motifs raisonnables justifiant l'ordonnance. Le paragraphe 20(1), affirmant d'autres appelants, est invalide en raison du pouvoir discrétionnaire conféré à la Commission de refuser l'assistance d'un avocat à ceux qui font l'objet de l'enquête.

The appellants made application to the Chief Justice of this Court for an order under Rule 32, *Supreme Court Rules*, as it then stood [SOR/83-74], for the stating of a question as to the constitutional validity or applicability of these sections of the Act. The Chief Justice denied the application. Consequently, no notice was given to the Attorney General of Canada or to the Attorneys General of the provinces. Shortly after the denial of this application and immediately before the hearing of this appeal, Rule 32 was amended [SOR/84-821] reducing the requirement for such an order but not so as to remove the need where, as here, the issue is constitutional validity or constitutional applicability. By reason of this background, no oral argument was presented to the Court by any counsel on the invalidity, or inoperability or inapplicability of these sections of the Act. Thus this Court will not address the validity of the legislation.

2. All the appellants except Coons, Jobin, Grinstead, Thomson, Mowat and Moore seek relief from the Hearing Officer's narrow interpretation of the right to and the scope of counsel as permitted or allowed under s. 20(1) of the Act, through s. 7 of the *Charter*. All of the rulings of the Hearing Officer that are being challenged in these proceedings were made before the *Charter* came into force on April 17, 1982. Thus the *Charter* does not apply to the facts of this case. No oral argument was presented to this Court on these s. 7 issues.

Reducing the foregoing discussions of the statute and the general law to the issues raised in the originating applications, I would dispose of each claim for relief as follows:

1. Paragraph (a): Those persons who are being investigated are not entitled to be present "throughout the whole of the inquiry".

2. Paragraphs (b) and (c): Counsel for the applicants, be they witnesses or persons being investigated, may not examine or cross-examine witnesses in the inquiry except that they may put

Les appelants ont demandé au Juge en chef de la Cour de rendre une ordonnance, fondée sur l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême*, [DORS/83-74], modifiée depuis, énonçant une question portant sur la validité ou l'applicabilité sur le plan constitutionnel de ces articles de la Loi. Le Juge en chef a rejeté la requête. Par conséquent, aucun avis n'a été signifié au procureur général du Canada ni aux procureurs généraux des provinces. Peu après le rejet de cette requête et immédiatement avant l'audition du présent pourvoi, l'art. 32 a été modifié [DORS/84-821] de manière à réduire la nécessité de ce genre d'ordonnance, mais non au point de la supprimer lorsque, comme en l'espèce, c'est la validité ou l'applicabilité sur le plan constitutionnel qui est en cause. De ce fait, aucun avocat ne s'est adressé oralement à la Cour sur l'invalidité, l'inapplicabilité ou le caractère inopérant de ces articles de la Loi. Aussi la Cour n'abordera pas la question de la validité de ces dispositions.

2. Tous les appelants, sauf Coons, Jobin, Grinstead, Thomson, Mowat et Moore, contestent l'interprétation étroite que donne l'officier enquêteur du droit à un avocat autorisé en vertu du par. 20(1) de la Loi, et de la partie de ce droit, en se fondant sur l'art. 7 de la *Charte*. Toutes les décisions de l'officier enquêteur contestées en l'espèce ont été prononcées avant que la *Charte* entre en vigueur le 17 avril 1982. Par conséquent, la *Charte* ne s'applique pas aux faits de l'espèce. Au cours du débat devant la Cour, aucune argumentation orale n'a été soumise au sujet de ces points relatifs à l'art. 7.

Ramenant l'analyse que je viens de faire de la Loi et du droit en général aux points litigieux soulevés dans les requêtes introductives d'instance, je suis d'avis de statuer ainsi sur chaque demande de redressement:

1. Alinéa a): Les personnes qui font l'objet de l'enquête ne jouissent pas du droit d'être présentes «pendant toute la durée de l'enquête».

2. Alinéas b) et c): Les avocats des requérants, qu'il s'agisse des témoins ou des personnes qui font l'objet de l'enquête, ne peuvent interroger ni contre-interroger les témoins à l'enquête, si ce n'est

questions to their client for the purpose of clarifying and explaining evidence already given.

3. Paragraph (d): Counsel for the applicants may not put questions to Mr. Kirch, and the Hearing Officer is neither required nor permitted to allow counsel for the applicants to examine Kirch or to require the Director to do so.

4. Paragraphs (e) and (f) in the Notice of Motion were not argued in this Court.

5. Paragraph (a) of the Supplementary Application: Neither "commission counsel" nor the Director need disclose the "objective cause" for the inquiry to the applicants when the inquiry is commenced.

The appeal is therefore dismissed with costs and the order of the Federal Court of Appeal stands.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant Harold Irvine: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the appellants Namasco Limited and Charles Ian McKay: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Solicitors for the appellants Drummond McCall Inc., Lorne Gilbert Coons, James Arthur Jobin, Donald Charles Grinstead, Hugh Fitzgerald Thomson, William Alexander Mowat and Bruce Scott Moore: Stikeman, Elliott, Robarts & Bowman, Toronto.

Solicitors for the appellants Samuel, Son & Co. Limited and W. Grant Brayley: Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto.

Solicitors for the appellant Westeel-Rosco Limited: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the appellants York Russel Inc., L. F. Newbery, Norman Katzman, John M. White, Leon Robidoux and Timothy H. Coughlin: Tilley, Carson & Findlay, Toronto.

Solicitors for the appellants Newman Steel Ltd., Benjamin P. R. Newman, Sigmund R. Taube, Zenon P. Karcz and Peter R. Sheppard: Phillips & Vineberg, Montréal.

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

qu'ils peuvent poser des questions à leurs clients aux fins de clarifier et d'expliquer le témoignage qu'ils ont déjà rendu.

3. Alinéa d): Les avocats des requérants ne peuvent interroger M. Kirch et l'officier enquêteur n'a ni l'obligation ni l'autorisation de laisser les avocats des requérants interroger Kirch ou d'obliger le directeur à le faire.

4. Les alinéas e) et f) de l'avis de requête n'ont fait l'objet d'aucun débat devant cette Cour.

5. Alinéa a) de la requête supplémentaire: Ni «l'avocat de la Commission» ni le directeur n'ont divulgué les «motifs objectifs» de la tenue de l'enquête aux requérants à l'ouverture de celle-ci.

Le pourvoi est donc rejeté avec dépens et l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale est maintenue.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appellant Harold Irvine: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs des appelants Namasco Limited et Charles Ian McKay: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Procureurs des appelants Drummond McCall Inc., Lorne Gilbert Coons, James Arthur Jobin, Donald Charles Grinstead, Hugh Fitzgerald Thomson, William Alexander Mowat et Bruce Scott Moore: Stikeman, Elliott, Robarts & Bowman, Toronto.

Procureurs des appelants Samuel, Son & Co. Limited et W. Grant Brayley: Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto.

Procureurs de l'appelante Westeel-Rosco Limited: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des appelants York Russel Inc., L. F. Newbery, Norman Katzman, John M. White, Leon Robidoux et Timothy H. Coughlin: Tilley, Carson & Findlay, Toronto.

Procureurs des appelants Newman Steel Ltd., Benjamin P. R. Newman, Sigmund R. Taube, Zenon P. Karcz et Peter R. Sheppard: Phillips & Vineberg, Montréal.

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

Gérard Larochelle *Appellant*

v.

Office de la construction du Québec
Respondent

and

The Attorney General of Quebec *Respondent*

INDEXED AS: QUEBEC (OFFICE DE LA CONSTRUCTION)
v. LAROCHELLE

File No.: 18982.

1987: April 1.

Present: Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain and
La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Labour law — Construction industry — Regulation on placement of employees — Employee charged with working on site without classification certificate — Arguments made by employee asking that Regulation be found ultra vires dismissed — Regulation No. 5 on the Placement of Employees in the Construction Industry, (1977) 109 O.G. 5581 (No. 43, 26/10/77), s. 2.01.

Administrative law — Regulations — Validity — Employee charged with working on site without classification certificate — Whether the Regulation on the Placement of Employees in the Construction Industry valid — Regulation No. 5 on the Placement of Employees in the Construction Industry, (1977) 109 O.G. 5581 (No. 43, 26/10/77), s. 2.01.

Appellant has worked as a plasterer since 1963 and holds a qualification certificate pursuant to the *Manpower Vocational Training and Qualification Act*, S.Q. 1969, c. 51 (now R.S.Q. c. F-5) and the regulations adopted thereunder. In 1977, under the *Construction Industry Labour Relations Act*, S.Q. 1968, c. 45 (am. S.Q. 1975, c. 51; now R.S.Q. c. R-20), the Office de la construction adopted *Regulation No. 5 on the Placement of Employees in the Construction Industry*, (1977) 109 O.G. 5581. Section 2.01 of the Regulation provides that as of July 1, 1978, any employee shall hold a classification certificate in order to work in the construction industry. In 1979, appellant, who did not hold such a certificate, was charged with contravening s. 2.01. In the Court of Sessions of the Peace, appellant admitted

Gérard Larochelle *Appellant*

c.

Office de la construction du Québec *Intimé*

a

et

Le procureur général du Québec *Intimé*

b

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (OFFICE DE LA CONSTRUCTION)
c. LAROCHELLE

N° du greffe: 18982.

1987: 1^{er} avril.

c

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain et
La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

d

Droit du travail — Industrie de la construction — Règlement relatif au placement des salariés — Salarié accusé d'avoir travaillé sur un chantier sans avoir obtenu un certificat de classification — Rejet des arguments présentés par le salarié pour faire déclarer le règlement ultra vires — Règlement numéro 5 relatif au placement des salariés dans l'industrie de la construction, (1977) 109 G.O. 5581 (n° 43, 26/10/77), art. 2.01.

f

Droit administratif — Règlements — Validité — Salarié accusé d'avoir travaillé sur un chantier de construction sans avoir obtenu un certificat de classification — Validité du règlement relatif au placement des salariés dans l'industrie de la construction — Règlement numéro 5 relatif au placement des salariés dans l'industrie de la construction, (1977) 109 G.O. 5581 (n° 43, 26/10/77), art. 2.01.

h

L'appellant exerce le métier de plâtrier depuis 1963 et détient un certificat de qualification conformément à la *Loi sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'œuvre*, L.Q. 1969, chap. 51 (maintenant L.R.Q. chap. F-5), et aux règlements adoptés sous son régime. En 1977, en vertu de la *Loi des relations du travail dans l'industrie de la construction*, S.Q. 1968, chap. 45 (mod. L.Q. 1975, chap. 51; maintenant L.R.Q. chap. R-20), l'Office de la construction a adopté le *Règlement numéro 5 relatif au placement des salariés dans l'industrie de la construction*, (1977) 109 G.O. 5581. L'article 2.01 du règlement prévoit, qu'à compter du 1^{er} juillet 1978, tout salarié devra détenir un certificat de classification pour travailler dans l'industrie de la construction. En 1979, l'appellant, qui ne détenait pas ce

the facts alleged in the charge but pleaded not guilty and alleged that the Regulation was *ultra vires* on the grounds that (1) it was contrary to the provisions of its enabling Act; (2) it adversely affected vested rights of qualified employees in the construction industry; (3) it conflicted with the *Manpower Vocational Training and Qualification Act*; (4) it was retroactive in application; and (5) it conferred discretion and was discriminatory and unreasonable. The trial judge dismissed these defence arguments and convicted appellant, who appealed to the Superior Court by trial *de novo*. That Court also dismissed the various arguments made by appellant, except for the one regarding vested rights, and acquitted him. The Superior Court judgment was set aside by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal¹, dismissing a judgment of the Superior Court², which allowed an appeal by an employee by trial *de novo* against his conviction for working on a construction site without a classification certificate³. Appeal dismissed.

Pierre W. Morin and *Guy Morin*, for the appellant.

Jean Ménard, for the respondent the Office de la construction du Québec.

Benoît Belleau and *Pierre Lemieux*, for the respondent the Attorney General of Quebec.

English version of the judgment delivered orally by

THE COURT—It will not be necessary to hear you, Messrs. Ménard and Belleau.

Appellant reiterated in this Court essentially the arguments he made against the disputed by-law in the Court of Sessions of the Peace, the Superior Court and the Court of Appeal. He made all those arguments without success in all the aforementioned courts except for one argument, regarding

¹ C.A. Qué. No. 200-10-000079-819, June 1, 1984.

² Sup. Ct. Saguenay, No. 240-36-000011-805, June 12, 1981.

³ S.P. Saguenay, No. 240-27-000594-79, November 24, 1980.

certificat, a été accusé d'avoir violé l'art. 2.01. En Cour des sessions de la paix, l'appelant a admis les faits à l'origine de l'infraction, mais a nié sa culpabilité et allégué que le règlement était *ultra vires* pour le motif que (1) il allait à l'encontre des dispositions de la loi habilitante; (2) il portait atteinte aux droits acquis des salariés qualifiés dans l'industrie de la construction; (3) il entraînait en conflit avec la *Loi sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'œuvre*; (4) il avait une application rétroactive; et (5) il était attributif de discrétion, discriminatoire et déraisonnable. Le premier juge a rejeté ces moyens de défense et condamné l'appelant. Celui-ci a interjeté appel devant la Cour supérieure par voie de procès *de novo*. Cette cour a également rejeté les divers moyens proposés par l'appelant à l'exception de celui relatif aux droits acquis et l'a acquitté. Le jugement de la Cour supérieure a été infirmé par la Cour d'appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹, qui a infirmé le jugement de la Cour supérieure², qui avait accueilli l'appel du salarié interjeté par voie de procès *de novo* contre sa condamnation pour avoir travaillé sur un chantier de construction sans certificat de classification³. Pourvoi rejeté.

Pierre W. Morin et *Guy Morin*, pour l'appelant.

Jean Ménard, pour l'intimé l'Office de la construction du Québec.

Benoît Belleau et *Pierre Lemieux*, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Le jugement suivant a été rendu oralement par

LA COUR—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Ménard et M^e Belleau.

L'appelant reprend essentiellement devant cette Cour, à l'encontre du règlement attaqué, les moyens qu'il a invoqués devant la Cour des sessions de la paix, la Cour supérieure et la Cour d'appel. Ces moyens, il les a tous invoqués sans succès devant les cours susdites, sauf l'un d'entre

¹ C.A. Qué., n° 200-10-000079-819, 1^{er} juin 1984.

² C.S. Saguenay, n° 240-36-000011-805, 12 juin 1981.

³ C.S.P. Saguenay, n° 240-27-000594-79, 24 novembre 1980.

vested rights, on which the Superior Court ruled in his favour and the Court of Appeal against him.

Appellant has not persuaded this Court that the Court of Appeal erred in holding that all these grounds have no merits. In particular, we consider that the ground regarding vested rights—to the extent that the matter really involves vested rights and in as much as they are affected by the by-law—cannot be allowed in view of the duty imposed on the Office de la construction du Québec to adopt by July 1, 1976 at latest a by-law specifying hiring standards, notwithstanding any legislative or regulatory provision to the contrary.

The appeal is dismissed, but without costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Morin & Pépin, St-Georges Est.

Solicitors for the respondent the Office de la construction du Québec: Ménard & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Benoit Belleau, Montréal; Pierre Lemieux and André Gaudreau, Ste-Foy.

eux, relatif aux droits acquis, sur lequel la Cour supérieure lui a donné raison mais la Cour d'appel lui a donné tort.

^a L'appelant ne nous a pas convaincus que la Cour d'appel a erré en tenant que ces moyens sont tous mal fondés. Nous sommes d'avis, de façon plus particulière, que le moyen relatif aux droits acquis—si tant est qu'il s'agit vraiment de droits acquis et si tant est qu'ils soient affectés par le règlement—ne peut être retenu, vu l'obligation qui est imposée à l'Office de la construction du Québec, d'adopter au plus tard le premier juillet 1976, tout règlement prévoyant des critères d'embauche, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire.

Le pourvoi est rejeté, mais sans frais.

^d *Jugement en conséquence.*

Procureurs de l'appelant: Morin & Pépin, St-Georges Est.

^e *Procureurs de l'intimé l'Office de la construction du Québec: Ménard & Associés, Montréal.*

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec: Benoit Belleau, Montréal; Pierre Lemieux et André Gaudreau, Ste-Foy.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Claude Lacroix *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LACROIX

File No.: 18882.

1987: April 1.

Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Procedure — Refusal to testify at preliminary hearing of another accused — Charged with obstructing justice and committed — Application for certiorari to set aside committal dismissed — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 472.

Statutes and Regulations Cited*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 472.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1984] C.A. 337, 15 C.C.C. (3d) 265, 41 C.R. (3d) 163, setting aside a judgment of the Superior Court¹, which dismissed the respondent's application for *certiorari*. Appeal allowed.

Raynald Bordeleau and *Jean-François Dionne*,^f for the appellant.

Francis Brabant, for the respondent.

English version of the judgment delivered orally^g by

THE COURT—In view of the circumstances of the case at bar, and in particular the fact that the judge did not exercise the powers of committal conferred on him by s. 472 of the *Criminal Code*, the questions raised by the accused in the Court of Appeal did not arise.

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the judgment of the Superior Court dismissing the application for *certiorari* is restored.

Judgment accordingly.

¹ Sup. Ct. Rouyn-Noranda, No. 600-01-000020-83, May 9, 1983.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Claude Lacroix *Intimé*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. LACROIX

N° du greffe: 18882.

1987: 1^{er} avril.

b

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

c

Droit criminel — Procédure — Refus de témoigner à l'enquête préliminaire d'un autre accusé — Accusation d'entrave à la justice et renvoi à procès — Rejet de la requête en certiorari pour casser le renvoi au procès — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 472.

d

Lois et règlements cités*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 472.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1984] C.A. 337, 15 C.C.C. (3d) 265, 41 C.R. (3d) 163, qui a infirmé le jugement de la Cour supérieure¹, qui avait rejeté la requête en *certiorari* de l'intimé. Pourvoi accueilli.

e

Raynald Bordeleau et *Jean-François Dionne*,^f pour l'appelante.

Francis Brabant, pour l'intimé.

Le jugement suivant a été rendu oralement par^g

LA COUR—Eu égard aux circonstances de l'es-pèce, et particulièrement au fait que le juge n'a pas exercé les pouvoirs d'incarcération qui lui sont conférés par l'art. 472 du *Code criminel*, les questions invoquées par l'accusé en Cour d'appel ne se posaient pas.

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé, et le jugement de la Cour supérieure rejetant la requête en *certiorari* est rétabli.

Jugement en conséquence.

¹ C.S. Rouyn-Noranda, n° 600-01-000020-83, 9 mai 1983.

*Solicitor for the appellant: Raynald Bordeleau,
Amos.*

*Solicitors for the respondent: Leithman,
Goldenberg, Guberman & Girouard, Montréal.*

*Procureur de l'appelante: Raynald Bordeleau,
Amos.*

*Procureurs de l'intimé: Leithman, Goldenberg,
Guberman & Girouard, Montréal.*

Gerald Michael Wigman Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. WIGMAN

File No.: 17940.

*1985: November 6.

**1986: February 6; 1987: April 9.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard¹, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Kienapple principle — Accused convicted of breaking and entering and committing robbery, and of attempted murder — Offences arising out of the same incident — Whether rule against multiple convictions applicable to preclude conviction of attempted murder.

Criminal law — Charge to jury — Mens rea — Attempted murder — Trial judge's charge relating to the required intent for attempted murder in accordance with the interpretation given by the Supreme Court of Canada in Lajoie — Supreme Court changing in Ancio its interpretation on the requisite mental element for a conviction for attempted murder — Ancio decision rendered after accused was granted leave to appeal at large to the Supreme Court of Canada — Whether accused entitled to benefit from the new interpretation of the Criminal Code given in Ancio — Scope of leave to appeal — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 212(a), 618(1)(b).

Criminal law — Appeal from conviction — Error in trial judge's charge to jury concerning the necessary intent for a conviction for attempted murder — Appeal against conviction for attempted murder dismissed and conviction for an included offence substituted — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 228(b), 613(1)(b)(i), (iii), (3).

In 1981, appellant pleaded guilty to breaking and entering and committing robbery, and he was later charged with attempted murder. The second offence took place during the breaking and entering incident. The victim was brutally beaten and suffered severe

¹ Chouinard J. took no part in the judgment.

Gerald Michael Wigman Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée^a RÉPERTORIÉ: R. c. WIGMAN

N° du greffe: 17940.

*1985: 6 novembre.

^b **1986: 6 février; 1987: 9 avril.Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard¹, Lamer, Le Dain et La Forest.^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Principe de l'arrêt Kienapple — Déclarations de culpabilité d'introduction par effraction et de vol qualifié, ainsi que de tentative de meurtre — Infractions découlant du même incident — La règle contre les déclarations de culpabilité multiples s'applique-t-elle pour empêcher la déclaration de culpabilité de tentative de meurtre?

Droit criminel — Exposé au jury — Mens rea — Tentative de meurtre — Exposé du juge du procès relativement à l'intention requise pour la tentative de meurtre conforme à l'interprétation donnée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Lajoie — Cour suprême modifie dans l'arrêt Ancio son interprétation de l'élément moral requis pour une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre — L'arrêt Ancio rendu après que l'accusé eut obtenu une autorisation générale de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada — L'accusé peut-il bénéficier de la nouvelle interprétation du Code criminel donnée dans Ancio? — Portée de l'autorisation de pourvoi — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 212a), 618(1)b).

Droit criminel — Appel d'une déclaration de culpabilité — Erreur dans l'exposé du juge au jury concernant l'intention nécessaire pour une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre — Pourvoi contre la déclaration de culpabilité de tentative de meurtre rejeté mais substitution d'une déclaration de culpabilité d'une infraction comprise — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 228b), 613(1)b)(i), (iii), (3).

En 1981, l'appellant a plaidé coupable relativement à une accusation d'introduction par effraction et de vol qualifié et a par la suite été accusé de tentative de meurtre. La seconde infraction aurait été commise au cours de l'introduction par effraction. La victime a été

¹ Le juge Chouinard n'a pas pris part au jugement.

injuries. She would likely have died without treatment. The trial judge charged the jury that appellant could be convicted of attempted murder if he had an intention to kill or an intention to cause bodily harm knowing that death may result and being reckless whether death ensues or not. This charge was in accordance with *Lajoie v. The Queen*, [1974] S.C.R. 399. Appellant was convicted. On appeal from his conviction, appellant invoked the rule against multiple convictions enunciated in the *Kienapple* case, [1975] 1 S.C.R. 729, and alleged that having pleaded guilty to breaking and entering and robbery, he should not have been tried again for attempted murder arising out of the same set of circumstances. The Court of Appeal held that the *Kienapple* principle did not apply and dismissed the appeal. The appellant was then granted leave to appeal at large to this Court. At the hearing, he indicated that he intended to rely also on the *Ancio* case, [1984] 1 S.C.R. 225. The *Ancio* decision, which was rendered after appellant obtained leave to appeal to this Court, overruled *Lajoie* and held that the *mens rea* for attempted murder was the specific intent to kill. The Court adjourned the hearing to permit both parties to file factums on the new issue. At the new hearing, both the *Kienapple* issue and the *Ancio* issue were argued. The Crown conceded that the trial judge's charge was an error of law if *Ancio* were to be applied, but it contended that (1) to entertain the *Ancio* issue would be to hear an appeal on an issue in respect of which no leave has been granted; (2) if leave should be granted, the proviso in s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should in any event be applied in so far as it may be grounded in an attack on the judge's charge to the jury; and (3) should this Court not apply the proviso in s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* to this appeal, it should substitute conviction for an offence under s. 228 of the *Code*.

Held: The appeal should be dismissed but the conviction at trial for the offence of attempted murder should be substituted by a conviction for the included offence of causing bodily harm with intent to endanger life.

brutalement battue et a subi des blessures graves. Sans traitement, elle serait probablement morte. Dans son exposé au jury, le juge a dit que l'appellant pouvait être déclaré coupable de tentative de meurtre s'il avait eu l'intention de tuer ou l'intention de causer des lésions corporelles alors qu'il savait qu'elles étaient de nature à causer la mort et qu'il ne s'est pas soucié que la mort s'ensuive ou non. L'exposé au jury était conforme à l'arrêt *Lajoie c. La Reine*, [1974] R.C.S. 399. L'appellant a été déclaré coupable. En appel contre sa déclaration de culpabilité, l'appellant a invoqué la règle contre les déclarations de culpabilité multiples énoncée dans l'arrêt *Kienapple*, [1975] 1 R.C.S. 729, et a allégué que, ayant plaidé coupable relativement à l'accusation d'introduction par effraction et de vol qualifié, il n'aurait pas dû être jugé à nouveau pour une tentative de meurtre découlant des mêmes circonstances. La Cour d'appel a conclu que le principe de l'arrêt *Kienapple* ne s'appliquait pas et a rejeté l'appel. L'appellant a ensuite obtenu une autorisation générale de se pourvoir devant cette Cour. À l'audience, il a indiqué qu'il avait l'intention de soulever la question de l'arrêt *Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225. L'arrêt *Ancio* qui a été rendu après que l'appellant eut obtenu l'autorisation de pourvoi devant cette Cour, a renversé l'arrêt *Lajoie* et a jugé que la *mens rea* nécessaire dans le cas d'une tentative de meurtre était l'intention spécifique de tuer. La Cour a ajourné l'audience pour permettre aux parties de produire des mémoires sur la nouvelle question. À la nouvelle audience, la question de l'arrêt *Kienapple* et celle de l'arrêt *Ancio* ont été débattues. Le ministère public a reconnu que l'exposé du juge du procès constituait une erreur de droit si l'on appliquait l'arrêt *Ancio* mais il a soutenu (1) qu'entendre la question de l'arrêt *Ancio* reviendrait à entendre un pourvoi sur une question à l'égard de laquelle aucune autorisation de pourvoi n'a été accordée; (2) si l'autorisation devait être accordée, la réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* devrait de toute façon être appliquée dans la mesure où elle peut être fondée sur la contestation de l'exposé du juge au jury; et (3) si cette Cour décidait de ne pas appliquer au présent pourvoi la réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*, elle devrait remplacer la déclaration de culpabilité par une déclaration de culpabilité de l'infraction visée à l'art. 228 du *Code*.

i

Arrêt: Le pourvoi est rejeté, mais la déclaration de culpabilité de tentative de meurtre prononcée au procès est remplacée par une déclaration de culpabilité de l'infraction comprise consistant à avoir causé des lésions corporelles dans l'intention de mettre en danger la vie d'une personne.

j

(1) *The Kienapple Issue*

The *Kienapple* principle has no application in this case. For the *Kienapple* rule to apply, there must be both a factual and legal nexus between the charges. Multiple convictions are only precluded under the *Kienapple* principle if they arise from the same "cause", "matter", or "delict", and if there is sufficient proximity between the offences charged. This requirement of sufficient proximity between offences will only be satisfied if there is no additional and distinguishing element contained in the offence for which a conviction is sought to be precluded by the *Kienapple* principle. In the case at bar, the offence of attempted murder involved the appellant's striking the victim with intent to kill or, at that time, with intent to cause bodily harm, knowing it to be likely to cause death and being reckless whether death ensued or not. The elements of the offence of breaking and entering and committing robbery involved breaking and entering the apartment, taking jewellery and money, and using violence. There is no overlapping of the essential elements of the two offences, the only common element is violence, and the required specific intents are clearly different.

(2) *The Ancio Issue*

Provided that he is still in the judicial system, an accused charged with an offence is entitled to have his culpability determined on the basis of what is held to be the proper and accurate interpretation of the *Criminal Code*. This test affords a means of striking a balance between the impractical dream of providing perfect justice to all those convicted under the overruled authority and the practical necessity of having some finality in the criminal process. Finality in criminal proceedings is of the utmost importance, but it is adequately served by the normal operation of *res judicata*. Thus a person convicted under *Lajoie* will not be able to reopen his or her case, unless the conviction is not final.

The fact that appellant's factum filed in support of his motion for leave and the oral argument at the hearing of the motion related solely to the *Kienapple* issue does not preclude him from invoking *Ancio*. Leave to appeal to this Court was not limited to the *Kienapple* issue but was granted without any restriction. The appellant became entitled to bring into question the validity of his

(1) *La question de l'arrêt Kienapple*

Le principe de l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas en l'espèce. Pour que ce principe s'applique, il doit y avoir un lien factuel et juridique entre les diverses accusations. Le principe de l'arrêt *Kienapple* empêche les déclarations de culpabilité multiples seulement si elles résultent de la même «cause», de la même «chose» ou du même «délit», et s'il y a un lien suffisamment étroit entre les infractions reprochées. Cette exigence d'un lien suffisamment étroit entre les infractions ne sera satisfaite que si l'infraction à l'égard de laquelle on tente d'éviter une déclaration de culpabilité en invoquant le principe de l'arrêt *Kienapple* ne comporte pas d'éléments supplémentaires et distinctifs. En l'espèce, l'infraction de tentative de meurtre impliquait que l'appellant avait frappé la victime dans l'intention de causer la mort ou, à ce moment-là, dans l'intention de causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Les éléments de l'infraction d'introduction par effraction et de vol qualifié comportaient l'introduction par effraction dans l'appartement, le fait de s'emparer des bijoux et de l'argent et de recourir à la violence. Il n'y a pas de chevauchement des éléments essentiels des deux infractions, le seul élément commun est la violence et les intentions spécifiques nécessaires sont nettement différentes.

(2) *La question de l'arrêt Ancio*

À la condition que son affaire soit toujours en cours, l'accusé inculpé d'une infraction a droit à ce que sa culpabilité soit fondée sur l'interprétation du *Code criminel* qui est considérée appropriée et exacte. Ce critère permet d'établir un équilibre entre le rêve très peu réaliste d'assurer une justice parfaite à tous ceux qui ont été déclarés coupables en vertu du précédent rejeté et la nécessité pratique d'un certain caractère définitif du processus en matière criminelle. Il est de la plus haute importance qu'une instance criminelle ait un caractère définitif. Toutefois, l'application normale du principe de l'autorité de la chose jugée répond adéquatement à ce besoin de caractère définitif. Ainsi, une personne condamnée en vertu de l'arrêt *Lajoie* ne sera pas en mesure de rouvrir son dossier, à moins que la déclaration de culpabilité ne soit pas définitive.

Le fait que le mémoire de l'appellant déposé à l'appui de sa requête en autorisation et que l'argument oral à l'audition de la requête se rapportent uniquement à la question de l'arrêt *Kienapple* ne l'empêche pas d'invoquer l'arrêt *Ancio*. L'autorisation de pourvoi à cette Cour n'était pas limitée à la question de l'arrêt *Kienapple* mais a été accordée sans restriction. L'appellant a

conviction on any question of law at a time when this Court had just reversed its own interpretation of attempted murder. The appellant is thus entitled to invoke the new question of law raised by reason of *Ancio* in accordance with s. 618(1)(b) of the *Code*. He has established that he was "in the system" since he still had an appeal pending before this Court when *Ancio* was released.

It is common ground that the charge to the jury did not conform to *Ancio*. The curative provision of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* cannot be used to save the attempted murder conviction since it is not clear that the jury would have convicted the appellant of this offence if instructed that the necessary intent was the intent to kill. The appeal should be dismissed but a conviction for the included offence of causing bodily harm with intent to endanger life, contrary to s. 228(b) of the *Code*, should be substituted pursuant to s. 613(1)(b)(i) and s. 613(3) of the *Code*. This included offence was put to the jury but no verdict was rendered on it as the jury found the appellant guilty of attempted murder. Since the jurors convicted on the basis of one of the two mental elements put to them in the trial judge's charge, it follows that they would also have convicted the appellant of the offence under s. 228(b).

Finally, the analysis of the *Kienapple* issue is equally applicable in respect of the s. 228(b) offence. The intent required under s. 228(b) is an aggravated intent distinct and additional to that which would suffice for a conviction of breaking and entering and robbery.

Cases Cited

Applied: *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; **distinguished:** *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; **considered:** *R. v. Taylor*, [1950] 2 K.B. 368; *R. v. Caouette*, [1973] S.C.R. 859; **referred to:** *Lajoie v. The Queen*, [1974] S.C.R. 399; *R. v. Treanor* (1939), 27 Cr. App. Rep. 35; *R. v. Warner*, [1961] S.C.R. 144; *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662; *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen* (1981), 56 C.C.C. (2d) 576 (*sub nom.* *R. v. McNamara*); *Lizotte v. The King*, [1951] S.C.R. 115; *R. v. Nantais*, [1966] 4 C.C.C. 108; *R. v. Fyfe*, [1968] 1 C.C.C. 295; *R. v. Ruggiero* (1972), 9 C.C.C. (2d) 546; *Sheppe v. The*

obtenu le droit de remettre en question la validité de sa déclaration de culpabilité relativement à toute question de droit à un moment où cette Cour venait tout juste d'infirmer sa propre interprétation de la tentative de meurtre. L'appelant a donc, conformément à l'al. 618(1)(b) du *Code*, le droit d'invoquer cette nouvelle question de droit qui découle de l'arrêt *Ancio*. Il a démontré que son affaire était «en cours» puisqu'il avait encore un appel non résolu devant cette Cour au moment où l'arrêt *Ancio* a été rendu.

Il est admis que l'exposé au jury n'était pas conforme à l'arrêt *Ancio*. On ne saurait avoir recours à la disposition curative du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* pour maintenir la déclaration de culpabilité de tentative de meurtre, puisqu'il n'est pas certain que le jury aurait reconnu l'appelant coupable de tentative de meurtre si on lui avait dit que l'intention nécessaire était l'intention de tuer. Le pourvoi doit être rejeté mais une déclaration de culpabilité de l'infraction comprise d'avoir causé des lésions corporelles dans l'intention de mettre en danger la vie d'une personne contrairement à l'al. 228(b) du *Code* doit être substituée conformément au sous-al. 613(1)(b)(i) et au par. 613(3) du *Code*. Cette infraction comprise a été soumise au jury mais aucun verdict n'a été rendu à son égard puisque celui-ci a déclaré l'appelant coupable de tentative de meurtre. Comme les jurés l'ont reconnu coupable en fonction de l'un des deux éléments moraux qui leur ont été présentés dans l'exposé du juge du procès, il s'ensuit qu'ils auraient aussi reconnu l'appelant coupable de l'infraction définie à l'al. 228(b).

Finalement, l'analyse de la question de l'arrêt *Kienapple* est également applicable à l'infraction définie à l'al. 228(b). L'intention requise en vertu de l'al. 228(b) constitue une intention grave distincte et supplémentaire à celle qui suffirait à entraîner une déclaration de culpabilité d'introduction par effraction et de vol qualifié.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; **distinction d'avec l'arrêt:** *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; **arrêts examinés:** *R. v. Taylor*, [1950] 2 K.B. 368; *R. c. Caouette*, [1973] R.C.S. 859; **arrêts mentionnés:** *Lajoie c. La Reine*, [1974] R.C.S. 399; *R. v. Treanor* (1939), 27 Cr. App. Rep. 35; *R. v. Warner*, [1961] R.C.S. 144; *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662; *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen* (1981), 56 C.C.C. (2d) 576 (*sub nom.* *R. v. McNamara*); *Lizotte v. The King*, [1951] R.C.S. 115; *R. v. Nantais*, [1966] 4 C.C.C. 108; *R. v. Fyfe*, [1968] 1 C.C.C. 295; *R. v. Ruggiero* (1972), 9 C.C.C. (2d) 546;

Queen, [1980] 2 S.C.R. 22; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Hotte* (1984), 13 W.C.B. 224; *R. v. Braun* (1984), 12 W.C.B. 281; *R. v. Beaver* (1984), 64 N.S.R. 158; *R. v. Bains and Grewal* (1985), 7 O.A.C. 67, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v; *R. v. Singh (Inderjit)* (1985), 8 O.A.C. 100; *Czubak c. La Reine*, R.J.P.Q., 86-180.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21, 212(a), 228, 613(1)(b)(i), (iii), (3), 618(1)(a), (b) [am. 1974-75-76, c. 105, s. 18], 621(1)(b).
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 48.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1983), 6 C.C.C. (3d) 289, dismissing the accused's appeal from his conviction for attempted murder. Appeal dismissed, but the conviction at trial for the offence of attempted murder should be substituted by a conviction for the included offence of causing bodily harm with intent to endanger life.

Sheldon Goldberg, for the appellant.

Allan Stewart, Q.C., for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—In 1974, in *Lajoie v. The Queen*, [1974] S.C.R. 399, this Court, speaking through Martland J., held that when s. 24(1) of the *Criminal Code* referred to “an intent to commit an offence” in relation to murder, it meant an intention to commit that offence in any of the ways provided for under s. 212 or s. 213 of the *Code*. The effect of the decision was that on an attempted murder charge the Crown could succeed, insofar as the mental element of the crime was concerned, on proving beyond reasonable doubt that the accused either (i) meant to cause death or (ii) meant to cause bodily harm that the accused knew was likely to cause death and was reckless whether death ensued or not.

Some ten years later in *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, the majority of the Court, speaking

Sheppe c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 22; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. v. Hotte* (1984), 13 W.C.B. 224; *R. v. Braun* (1984), 12 W.C.B. 281; *R. v. Beaver* (1984), 64 N.S.R. 158; *R. v. Bains and Grewal* (1985), 7 O.A.C. 67, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v; *R. v. Singh (Inderjit)* (1985), 8 O.A.C. 100; *Czubak c. La Reine*, R.J.P.Q., 86-180.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21, 212a), 228, 613(1)b)(i), (iii), (3), 618(1)a), b) [mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 18], 621(1)b).
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 48.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 6 C.C.C. (3d) 289, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. Pourvoi rejeté, mais la déclaration de culpabilité de tentative de meurtre prononcée au procès est remplacée par une déclaration de culpabilité de l'infraction comprise consistant à avoir causé des lésions corporelles dans l'intention de mettre en danger la vie d'une personne.

Sheldon Goldberg, pour l'appelant.

Allan Stewart, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—En 1974, dans l'arrêt *Lajoie c. La Reine*, [1974] R.C.S. 399, la Cour, s'exprimant par l'intermédiaire du juge Martland, a jugé que lorsque le par. 24(1) du *Code criminel* mentionne «l'intention de commettre une infraction» relativement à un meurtre, cela signifie l'intention de commettre cette infraction de l'une ou l'autre des façons décrites aux art. 212 ou 213 du *Code*. Cette décision a fait que, dans le cas d'une accusation de tentative de meurtre, le ministère public pouvait obtenir gain de cause, pour ce qui est de l'élément moral du crime, en prouvant hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention (i) soit de causer la mort, (ii) soit de causer des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non.

Quelque dix années plus tard, dans l'arrêt *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, la Cour à la majorité,

through McIntyre J., held that *Lajoie* should no longer be followed, that the *mens rea* for attempted murder was the specific intent to kill. A mental element falling short of that level might well lead to conviction for another offence, for example, one of the aggravated forms of assault, but not conviction for an attempted murder.

In 1981, during the period between the 1974 judgment in *Lajoie* and the 1984 judgment in *Ancio*, the appellant Gerald Michael Wigman was tried and convicted before a judge and jury of attempting to murder one Margaret Hill by beating her. The judge charged that the accused could be convicted if the jury found he had either of the two intents mentioned. That was the law according to *Lajoie*. It was an error of law however if *Ancio* is applied, as the Crown concedes. The appellant, whose conviction is now under review in this Court, says he is entitled to the benefit of *Ancio*. The Crown says he is not. That is the first and primary issue in this appeal. A second point arises as to the possible application of the so-called *Kienapple* principle, found in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729.

I

The Facts and the Trial

Mr. Wigman was charged with three counts of breaking and entering and robbery in an indictment dated October 26, 1981. Count #2 related to an apartment in the City of Vancouver in which Mrs. Margaret Hill resided. Mr. Wigman pleaded guilty to all three charges before Toy J. of the British Columbia Supreme Court.

On October 30, 1981, Mr. Wigman was charged with an attempted murder that took place during the break and enter incident cited in Count #2. Mrs. Hill, a 69 year old woman, lived alone in a ground floor apartment. She went to bed at 8:30

s'exprimant par l'intermédiaire du juge McIntyre, a jugé que l'arrêt *Lajoie* ne devait plus être suivi, que la *mens rea* nécessaire dans le cas d'une tentative de meurtre était l'intention spécifique de tuer. La présence d'un élément moral différent pourrait bien entraîner une déclaration de culpabilité d'une autre infraction comme, par exemple, une des formes aggravées de voies de fait, mais non une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre.

En 1981, après l'arrêt *Lajoie* de 1974 mais avant l'arrêt *Ancio* de 1984, l'appelant Gerald Michael Wigman a été jugé et reconnu coupable, par un juge et un jury, de tentative de meurtre par coups sur la personne de Margaret Hill. Le juge a instruit le jury de la possibilité qu'il avait de reconnaître l'accusé coupable s'il concluait que ce dernier avait eu l'une ou l'autre des deux intentions mentionnées. C'était là le droit applicable selon l'arrêt *Lajoie*. Mais cela constitue une erreur de droit si l'on applique l'arrêt *Ancio*, comme le reconnaît le ministère public. L'appelant, qui se pourvoit maintenant devant cette Cour contre sa déclaration de culpabilité, affirme qu'il a le droit de bénéficier de l'arrêt *Ancio*. Le ministère public dit que non. C'est là le principal point litigieux en l'espèce. Une seconde question se pose, celle de la possibilité d'appliquer le principe dit de l'arrêt *Kienapple*, qui se dégage de l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

I

Les faits et le procès

Monsieur Wigman a été inculpé de trois chefs d'introduction par effraction et de vol qualifié par acte d'accusation daté du 26 octobre 1981. Le deuxième chef concernait un appartement de la ville de Vancouver où M^{me} Margaret Hill résidait. Monsieur Wigman, comparaisant devant le juge Toy de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a plaidé coupable relativement aux trois chefs.

Le 30 octobre 1981, M. Wigman a été accusé de tentative de meurtre, laquelle aurait eu lieu au cours de l'introduction par effraction mentionnée dans le deuxième chef. Madame Hill, une femme de 69 ans, vivait seule dans un appartement situé

p.m. on May 16, 1981. A neighbour found her lying on the floor of her bedroom the next day at 4:00 p.m. and it was evident that she had suffered very severe injuries. The apartment was "an awful mess". A number of items had been taken. The telephone cord had been cut. Medical evidence indicated that she had been struck on the head at least six times and had enormous bruises on other parts of her body. She would likely have died without treatment. The fingerprints of the accused were found in the apartment.

The charge was heard by Toy J. and a jury. At the opening of the trial the accused, by his counsel, admitted that he, the accused, gained entry to Mrs. Hill's apartment by removing a sliding door from the apartment balcony, and that he stole various items of jewellery and a sum of money. There was no reference during the trial to Mr. Wigman's prior guilty plea to the break and enter charge. Nor was reference made to the *Kienapple* argument that the accused could not be convicted of both the robbery charge and the attempted murder charge, the violence being common to both.

Mr. Wigman's defence to the attempted murder charge was that he had been accompanied by a person called "Dave" who had assaulted and severely beaten Mrs. Hill.

The judge charged the jury as to the requisite intent for attempted murder as follows:

... you can go either route, an intention to kill or an intention to cause bodily harm knowing that death may result and being reckless whether death ensues or not.

Words giving the jury the choice of two intents were repeated many times in the charge of the jury. This charge was in accordance with *Lajoie*, but it now conflicts with *Ancio*.

au rez-de-chaussée. Elle s'était couchée à 20 h 30 le 16 mai 1981. Le lendemain, vers 16 h, une voisine l'a découverte gisant sur le plancher de sa chambre et il était évident qu'elle avait subi des blessures très graves. Dans l'appartement régnait [TRADUCTION] «un désordre indescriptible». Plusieurs objets avaient disparu. Le fil du téléphone avait été coupé. D'après les éléments de preuve médicale, elle avait été frappée à la tête à six reprises au moins et elle avait d'énormes ecchymoses sur d'autres parties du corps. Sans traitement, elle serait probablement morte. On a trouvé les empreintes digitales de l'accusé dans l'appartement.

L'accusé a subi son procès devant le juge Toy et un jury. À l'ouverture du procès, l'accusé a reconnu, par l'intermédiaire de son avocat, qu'il avait pénétré dans l'appartement de M^{me} Hill, en enlevant une porte coulissante de son balcon, et qu'il avait volé divers bijoux et une somme d'argent. Au cours du procès, aucune mention n'a été faite du plaidoyer de culpabilité que M. Wigman avait inscrit antérieurement quant à l'inculpation d'introduction par effraction. Aucune mention n'a été faite non plus de l'argument, fondé sur l'arrêt *Kienapple*, selon lequel l'accusé ne pouvait être reconnu coupable à la fois de vol qualifié et de tentative de meurtre, la violence étant un élément commun aux deux infractions.

Monsieur Wigman a opposé, comme moyen de défense à l'accusation de tentative de meurtre, qu'il était accompagné d'un dénommé «Dave» et que c'était lui qui s'était livré à des voies de fait sur la personne de M^{me} Hill et qui l'avait sauvagement battue.

Dans son exposé au jury, le juge a décrit ainsi l'intention requise dans le cas d'une tentative de meurtre:

[TRADUCTION] ... vous pouvez choisir l'une ou l'autre possibilité, l'intention de tuer ou l'intention de causer des lésions corporelles alors qu'on sait qu'elles sont de nature à causer la mort et que l'on ne se soucie pas que la mort s'ensuive ou non.

Des termes qui donnent au jury le choix entre deux intentions reviennent à maintes reprises dans l'exposé. C'était là le droit applicable selon l'arrêt *Lajoie*, mais non celui applicable selon l'arrêt *Ancio*.

Toy J. left with the jury two included offences to the attempted murder charge: (1) causing bodily harm with intent to endanger life; and (2) assault causing bodily harm. The jury retired to deliberate at 5:12 p.m. on November 6, 1981 and returned at 5:28 p.m. on November 7, 1981 with a verdict of guilty of attempted murder.

The judge noted upon sentencing that the testimony of the accused that a "Dave X" had administered the beatings without the knowledge or agreement of the accused was rejected by the jury in whole or in part, although it could not be said whether the jury found Mr. Wigman guilty as a principal, or as a party to a common purpose pursuant to s. 21(2) of the *Criminal Code*. We would add that it cannot be said with certainty whether the jury found that Mr. Wigman meant to cause death or that he had the lesser and now irrelevant intent, namely, that of meaning to cause bodily harm that he knew was likely to cause death or was reckless whether death ensued or not.

On December 4, 1981, Toy J. sentenced the appellant to ten years in prison with respect to the charge of breaking and entering and committing robbery, and to life imprisonment with respect to the conviction on the charge of attempted murder.

II

The Court of Appeal of British Columbia

Mr. Wigman, having obtained new counsel, appealed to the Court of Appeal of British Columbia against his conviction for attempted murder. His counsel took as his main point that the accused, having pleaded guilty to breaking and entering, and robbery, should not have been tried again for attempted murder arising out of the same set of circumstances. This is the *Kienapple* issue. The Court was of the opinion that the principle did not have any application to the facts in this case. In a decision reported at (1983), 6

Le juge Toy a mentionné au jury deux infractions comprises dans celle de tentative de meurtre: (1) l'infliction de lésions corporelles dans l'intention de mettre en danger la vie d'une personne, et (2) les voies de fait causant des lésions corporelles. Le jury s'est retiré pour délibérer à 17 h 12 le 6 novembre 1981 et est revenu rendre un verdict de culpabilité de tentative de meurtre le 7 novembre 1981, à 17 h 28.

Le juge a souligné, au moment de prononcer la sentence, que le témoignage de l'accusé portant qu'un certain «Dave X» était celui qui avait asséné les coups à l'insu ou sans le consentement de l'accusé, avait été rejeté en totalité ou en partie par le jury, bien qu'il fût impossible de dire si le jury avait déclaré M. Wigman coupable à titre d'auteur principal, ou plutôt en tant que partie à la réalisation d'une fin commune, conformément au par. 21(2) du *Code criminel*. Nous ajouterons qu'on ne peut dire avec certitude si le jury a conclu que M. Wigman avait l'intention de causer la mort ou qu'il avait l'intention moindre, et maintenant sans importance, de causer des lésions corporelles alors qu'il savait qu'elles étaient de nature à causer la mort et qu'il ne se souciait pas que la mort s'ensuive ou non.

Le 4 décembre 1981, le juge Toy a condamné l'appellant à une peine d'emprisonnement de dix ans relativement à l'accusation d'introduction par effraction et de vol qualifié, et à une peine d'emprisonnement à perpétuité relativement à la déclaration de culpabilité portant sur l'accusation de tentative de meurtre.

II

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique

Monsieur Wigman, après avoir changé d'avocat, a interjeté appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique contre sa déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. Son avocat a soutenu comme moyen principal que l'accusé, ayant plaidé coupable relativement à l'accusation d'introduction par effraction et de vol qualifié, n'aurait pas dû être jugé à nouveau pour une tentative de meurtre découlant des mêmes circonstances. C'est la question de principe de l'arrêt *Kienapple*. La cour s'est dite d'avis que ce principe ne s'appliquait pas aux

C.C.C. (3d) 289, Hutcheon J.A. reviewed a number of the authorities canvassed in *Sheppe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 22, and the statement of Laskin C.J., at p. 27:

In *Kienapple v. The Queen*, *supra*, this Court was concerned with a single act which gave rise to two different offences, and it held that multiple convictions could not be supported for the same delict or for the same cause or matter or where the same or substantially the same elements entered into two different offences.

Hutcheon J.A. concluded at p. 292 that the correct view of the matter was set out in the Crown's argument:

The breaking and entering and robbery involved the accused entering the victims [*sic*] apartment, taking the woman's jewellery and money and using violence. The offence of attempted murder involved the accused striking the woman with one of the two intents set out in s. 212(a) of the Criminal Code, or at the very least, involved the accused in that he was a party to such an offence, pursuant to section 21(2) and section 212(a).

Hutcheon J.A. held that on the facts in the case there were two offences involving the same violence, but he had no difficulty in reaching the conclusion that different factual and legal elements underlay the two offences.

III

The Supreme Court of Canada

Mr. Wigman applied to this Court for leave to appeal which was granted on December 15, 1983 by a panel consisting of Laskin C.J. and Dickson and Estey JJ., [1983] 2 S.C.R. xv. Leave was granted at large, that is to say the leave was not confined to any specified point or points. The order granting leave to appeal reads:

UPON APPLICATION by counsel on behalf of the Applicant for an Order granting leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal for British Columbia dated the 28th day of June, 1983, and upon hearing what was alleged by counsel on behalf of the

faits de l'espèce. Dans une décision publiée à (1983), 6 C.C.C. (3d) 289, le juge Hutcheon passe en revue un certain nombre de précédents examinés dans l'arrêt *Sheppe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 22, ainsi que la déclaration du juge en chef Laskin, à la p. 27:

Dans *Kienapple c. La Reine*, précité, où un seul acte était à l'origine de deux infractions distinctes, cette Cour a jugé qu'on ne pouvait justifier des déclarations de culpabilité multiples pour le même délit ou pour la même cause ou chose ou lorsque les mêmes éléments ou fondamentalement les mêmes se retrouvent dans deux infractions distinctes.

Le juge Hutcheon a conclu à la p. 292 que le point de vue exact à cet égard était celui contenu dans l'argumentation du ministère public:

[TRADUCTION] L'introduction par effraction et le vol qualifié impliquent que l'accusé est entré dans l'appartement de la victime, qu'il s'est emparé des bijoux et de l'argent de la femme et qu'il a eu recours à la violence. L'infraction de tentative de meurtre implique que l'accusé a frappé la femme en ayant l'une des deux intentions énoncées à l'al. 212a) du Code criminel, ou implique à tout le moins que l'accusé était partie à une telle infraction, aux termes du paragraphe 21(2) et de l'alinéa 212a).

Le juge Hutcheon conclut que, d'après les faits, deux infractions comportant la même violence ont été commises, mais il constate sans difficulté que des éléments de fait et de droit différents sous-tendent les deux infractions.

g

III

La Cour suprême du Canada

Monsieur Wigman a demandé à cette Cour une autorisation de pourvoi qui a été accordée le 15 décembre 1983 par une formation composée du juge en chef Laskin et des juges Dickson et Estey, [1983] 2 R.C.S. xv. Cette autorisation était générale, c.-à-d. qu'elle n'était pas confinée à des points spécifiés. L'ordonnance d'autorisation de pourvoi est ainsi conçue:

[TRADUCTION] CONSIDÉRANT LA REQUÊTE, soumise par l'avocat du requérant, en vue d'obtenir l'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, en date du 28 juin 1983, et considérant les allégations de l'avocat du requé-

Applicant as well as the Respondent on the 5th day of December, 1983;

IT IS ORDERED that leave to appeal be granted.

In a factum filed on June 25, 1984, the appellant set out the issues proposed to be argued:

THAT the Appellant having pleaded guilty to Breaking and Entering and Robbery should not have been tried again for Attempted Murder, arising out of the same set of circumstances;

THAT the Trial Judge erred in not determining and/or in failing to permit the jury to determine whether the Attempted Murder went beyond the facts disclosed by the Breaking and Entering and Robbery;

THAT the Appellant having been sentenced to imprisonment for 10 years for Breaking and Entering and Robbery should not have been sentenced again for Attempted Murder;

THAT the Court of Appeal erred in finding that the two convictions arising from the same violence should stand and that *Kienapple v. The Queen* (1974), 15 C.C.C. (2d) 524 had no application to the facts of this case.

The appeal was scheduled to be heard on the morning of November 6, 1985. Shortly before the Court convened that morning, counsel for the appellant told counsel for the Crown that he intended to raise the *R. v. Ancio* issue. When the Court opened, counsel made this known to the Court. Crown counsel objected on the ground that he had had no warning of opposing counsel's intention to argue *Ancio* and that the Crown was not in a position to respond to any such argument. The Court accordingly adjourned the hearing to permit counsel for the appellant to prepare a written submission on the *Ancio* issue and to afford Crown counsel an opportunity to respond. Supplementary factums were filed.

On the renewed hearing of the appeal, both the *Kienapple* issue and the *Ancio* issue were argued. The Crown makes three submissions. It contends that to entertain the *Ancio* issue would be to hear an appeal on an issue in respect of which no leave

rant et de celui de l'intimée présentées le 5 décembre 1983;

L'ORDONNANCE d'autorisation de pourvoi est accordée.

Dans son mémoire, déposé le 25 juin 1984, l'appelant énonce les points qu'il se propose de débattre:

[TRADUCTION] QUE l'appelant, ayant plaidé coupable relativement à l'accusation d'introduction par effraction et de vol qualifié, n'aurait pas dû être jugé à nouveau pour une tentative de meurtre découlant des mêmes circonstances;

QUE le juge de première instance a commis une erreur en ne décidant pas si les faits révélés par l'introduction par effraction et le vol qualifié justifient une accusation de tentative de meurtre ou en n'autorisant pas le jury à le faire;

QUE l'appelant, s'étant vu imposer une peine de prison de 10 ans pour une introduction par effraction et un vol qualifié, n'aurait pas dû recevoir de plus une sentence pour tentative de meurtre;

QUE la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que deux déclarations de culpabilité relativement aux mêmes actes de violence devaient être maintenues et que l'arrêt *Kienapple v. The Queen* (1974), 15 C.C.C. (2d) 524, ne s'appliquait pas aux faits de l'espèce.

Le pourvoi devait être entendu le 6 novembre 1985 en matinée. Peu avant que la Cour ne se réunisse ce matin-là, l'avocat de l'appelant a informé celui du ministère public qu'il avait l'intention de soulever la question de l'arrêt *R. c. Ancio*. À l'ouverture de la séance, il en a fait part à la Cour. L'avocat du ministère public s'y est opposé pour le motif qu'il n'avait pas été prévenu de l'intention de l'avocat de la partie adverse d'invoquer l'arrêt *Ancio* et que le ministère public n'était pas en mesure de répondre à un tel argument. La Cour a en conséquence ajourné l'audience afin de permettre à l'avocat de l'appelant de préparer des observations écrites relativement à la question de l'arrêt *Ancio* et pour que l'avocat du ministère public puisse y répondre. Des mémoires supplémentaires ont été produits.

À l'audition subséquente du pourvoi, la question de l'arrêt *Kienapple* et celle de l'arrêt *Ancio* ont été débattues. Le ministère public fait valoir trois points. Il soutient qu'entendre la question de l'arrêt *Ancio* reviendrait à entendre un pourvoi sur

has been granted. It contends further that if leave should be granted, the proviso in s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should in any event be applied in so far as it may be grounded in an attack on the judge's charge to the jury. Finally, it is contended that, should this Court not apply the proviso in s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* to this appeal, it should substitute conviction for an offence under s. 228 of the *Code* as it stood on the date of the offence.

IV

The Kienapple Issue

We agree with the conclusion of the British Columbia Court of Appeal that the *Kienapple* principle has no application and that Mr. Wigman could be convicted of the two offences in question. In view of the extensive review undertaken in *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480, it is sufficient to simply reiterate that a two-part test must be met for the *Kienapple* rule to apply: there must be both a factual and legal nexus between the charges. Multiple convictions are only precluded under the *Kienapple* principle if they arise from the same "cause", "matter", or "delict", and if there is sufficient proximity between the offences charged. This requirement of sufficient proximity between offences will only be satisfied if there is no additional and distinguishing element contained in the offence for which a conviction is sought to be precluded by the *Kienapple* principle.

In the case at bar, the offence of attempted murder involved the appellant striking Mrs. Hill with intent to kill or, at that time, with intent to cause bodily harm, knowing it to be likely to cause death and being reckless whether death ensued or not. The elements of the offence of breaking and entering and committing robbery involved breaking and entering the apartment, taking jewellery and money, and using violence. There is no overlapping of the essential elements of the two

une question à l'égard de laquelle aucune autorisation de pourvoi n'a été accordée. Il soutient en outre que si l'autorisation devait être accordée, la réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* devrait de toute façon être appliquée dans la mesure où elle peut être fondée sur la contestation de l'exposé du juge au jury. Enfin, il soutient que si cette Cour décidait de ne pas appliquer au présent pourvoi la réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*, elle devrait remplacer la déclaration de culpabilité déjà prononcée par une déclaration de culpabilité de l'infraction visée à l'art. 228 du *Code* en vigueur à la date de l'infraction.

IV

La question de l'arrêt Kienapple

Nous faisons nôtre la conclusion de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que le principe de l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas et que M. Wigman pouvait être déclaré coupable des deux infractions en question. Compte tenu de l'examen approfondi qui a été effectué dans l'arrêt *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480, il suffit de réitérer simplement qu'un critère en deux parties doit être satisfait pour que le principe de l'arrêt *Kienapple* s'applique: il doit y avoir un lien factuel et juridique entre les diverses accusations. Le principe de l'arrêt *Kienapple* empêche les déclarations de culpabilité multiples seulement si elles résultent de la même «cause», de la même «chose» ou du même «délict», et s'il y a un lien suffisamment étroit entre les infractions reprochées. Cette exigence d'un lien suffisamment étroit entre les infractions ne sera satisfaite que si l'infraction à l'égard de laquelle on tente d'éviter une déclaration de culpabilité en invoquant le principe de l'arrêt *Kienapple* ne comporte pas d'éléments supplémentaires et distinctifs.

En l'espèce, l'infraction de tentative de meurtre impliquait que l'appelant avait frappé M^{me} Hill dans l'intention de causer la mort ou, à ce moment-là, dans l'intention de causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Les éléments de l'infraction d'introduction par effraction et de vol qualifié comportaient l'introduction par effraction dans l'appartement, le fait de s'emparer des bijoux et de l'argent

offences, the only common element is violence, and the required specific intents are clearly different. The *Kienapple* principle does not apply and the appellant must fail on this point.

V

The Ancio Issue

As already indicated, the *Ancio* decision had not yet been released at the time the appellant sought and obtained leave to appeal.

The appellant, however, submits that the charge of the trial judge to the jury conflicts with the new interpretation of the *Criminal Code* given in *Ancio*. The inadequacy of the charge in this respect is not in doubt, as is conceded by the Crown. The main point in issue is whether the appellant can invoke what is now considered to be the correct interpretation of the *Code*.

The appropriate test is whether or not the accused is still in the judicial system. As expressed in the Crown's factum, this test affords a means of striking a balance between the "wholly impractical dream of providing perfect justice to *all* those convicted under the overruled authority and the practical necessity of having some finality in the criminal process". Finality in criminal proceedings is of the utmost importance but the need for finality is adequately served by the normal operation of *res judicata*: a matter once finally judicially decided cannot be relitigated. Thus a person convicted under *Lajoie* will not be able to reopen his or her case, unless, of course, the conviction is not final. In the *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 757, the Court observed that *res judicata* would even preclude the reopening of cases decided by the courts on the basis of constitutionally invalid laws. The *res judicata* principle would apply with at least as

et de recourir à la violence. Il n'y a pas de chevauchement des éléments essentiels des deux infractions, le seul élément commun est la violence et les intentions spécifiques nécessaires sont nettement différentes. Le principe de l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas et l'appellant doit échouer sur ce point.

V

^a La question de l'arrêt Ancio

Comme nous l'avons déjà dit, l'arrêt *Ancio* n'avait pas encore été rendu au moment où l'appellant a demandé et obtenu l'autorisation de pourvoi.

^c L'appelant soutient toutefois que l'exposé du juge du procès au jury est contraire à la nouvelle interprétation du *Code criminel* qui est donnée dans l'arrêt *Ancio*. Comme le reconnaît le ministère public, il est évident que les directives sont inadéquates à cet égard. Le principal point en litige est de savoir si l'appellant peut invoquer ce qui est maintenant considéré comme la bonne interprétation du *Code*.

^e Le critère qu'il faut appliquer est de savoir si l'affaire de l'accusé est toujours en cours. Comme le dit le mémoire du ministère public, ce critère permet d'établir un équilibre entre [TRADUCTION] «le rêve très peu réaliste d'assurer une justice parfaite à *tous* ceux qui ont été déclarés coupables en vertu du précédent rejeté et la nécessité pratique d'un certain caractère définitif du processus en matière criminelle». Il est de la plus haute importance qu'une instance criminelle ait un caractère définitif, mais l'application normale du principe de l'autorité de la chose jugée répond adéquatement à ce besoin. Une affaire jugée définitivement ne peut être soumise de nouveau aux tribunaux. Ainsi la personne reconnue coupable en vertu de l'arrêt *Lajoie* ne sera pas en mesure de rouvrir son dossier à moins, bien entendu, que la déclaration de culpabilité ne soit pas définitive. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 757, la Cour fait observer que le principe de l'autorité de la chose jugée empêcherait même de rouvrir les dossiers sur lesquels les tribunaux ont statué en fonction de lois inconstitutionnelles. Le principe de l'autorité de la chose jugée s'appliquerait au moins tout autant aux

much force to cases decided on the basis of subsequently overruled case law.

The Crown, however, argues that Mr. Wigman ought not to be able to benefit from *Ancio*. Counsel for the Crown contends that the appellant was granted leave exclusively on the *Kienapple* rule since the factum filed in support of his motion for leave and the oral argument at the hearing of the motion were all related solely to this argument.

The flaw in the Crown's proposition is that it does not make any distinction between the leave to appeal being limited to certain issues and the same leave being granted at large. It is clear that the Court is empowered to restrict an appeal to certain specific issues: *Lizotte v. The King*, [1951] S.C.R. 115, at pp. 117-18; *R. v. Warner*, [1961] S.C.R. 144, at pp. 147-48; *Kienapple, supra*, at p. 732; and *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662, at p. 669; (1981), 56 C.C.C. (2d) 576 (*sub nom. R. v. McNamara*). In such cases, the Supreme Court is without jurisdiction to hear arguments dealing with issues other than the ones enumerated on the order granting leave to appeal: *Lizotte, supra*, at p. 133; *Warner, supra*, at p. 151; *Kienapple, supra*, at p. 732; and *Canadian Dredge & Dock Co., supra*, at p. 671. However, the situation is different when the right of appeal has not been restricted to a specific question of law. The appellant is then entitled to raise additional questions of law, subject to the discretion of the Court for instance, not to decide a case on the basis of an issue tardily raised.

In this regard, s. 618(1)(b) of the *Code*, which governs the right to appeal in this case, should be quoted in the context of the whole section:

618. (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents, or

affaires jugées en fonction d'une jurisprudence subséquemment rejetée.

Toutefois, le ministère public soutient que M. Wigman ne devrait pas être en mesure de tirer avantage de l'arrêt *Ancio*. L'avocat du ministère public soutient que l'appelant a obtenu l'autorisation de pourvoi exclusivement sur la règle de l'arrêt *Kienapple* étant donné que le mémoire déposé à l'appui de sa requête en autorisation et que l'argument oral à l'audition de la requête se rapportaient uniquement à cet argument.

La faille dans l'argument du ministère public réside dans l'absence de toute distinction entre l'autorisation de pourvoi limitée à certaines questions et la même autorisation accordée d'une manière générale. Il est évident que la Cour a le pouvoir de limiter un pourvoi à certaines questions précises: *Lizotte v. The King*, [1951] R.C.S. 115, aux pp. 117 et 118; *R. v. Warner*, [1961] R.C.S. 144, aux pp. 147 et 148; *Kienapple*, précité, à la p. 732, et *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662, à la p. 669; (1981), 56 C.C.C. (2d) 576 (*sub nom. R. v. McNamara*). Dans de tels cas, la Cour suprême n'est pas compétente pour entendre des arguments qui traitent de questions autres que celles qui sont énumérées dans l'ordonnance accordant l'autorisation de pourvoi: *Lizotte*, précité, à la p. 133; *Warner*, précité, à la p. 151; *Kienapple*, précité, à la p. 732, et *Canadian Dredge & Dock Co.*, précité, à la p. 671. Toutefois, la situation est différente lorsque le droit d'appel n'a pas été limité à une question de droit précise. L'appelant a alors le droit de soulever des questions de droit additionnelles, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour, par exemple, de ne pas statuer sur une affaire en fonction d'une question soulevée tardivement.

À cet égard, il convient de citer l'al. 618(1)(b) du *Code*, qui régit le droit d'appel en l'espèce, dans le contexte de l'article au complet:

618. (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident, ou

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada within twenty-one days after the judgment appealed from is pronounced or within such extended time as the Supreme Court of Canada or a judge thereof may, for special reasons, allow. [Emphasis added.]

The difference in the wording between s. 618(1)(a) and (b) is significant. The respondent's argument would require this Court to construe s. 618(1)(b) as if it read:

618. (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents, or

(b) on any question of law on which leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada within twenty-one days after the judgment appealed from is pronounced or within such extended time as the Supreme Court of Canada or a judge thereof may, for special reasons, allow. [Emphasis added.]

That this cannot be the correct interpretation when leave to appeal has been granted at large is well illustrated in *R. v. Caouette*, [1973] S.C.R. 859, which involved the scope of s. 621(1)(b), the counterpart of s. 618(1)(b) for the Crown:

621. (1) Where a judgment of a court of appeal sets aside a conviction pursuant to an appeal taken under section 603 or 604 or dismisses an appeal taken pursuant to paragraph 605(1)(a) or subsection 605(3), the Attorney General may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents, or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada within twenty-one days after the judgment appealed from is pronounced or within such extended time as the Supreme Court of Canada or a judge thereof may, for special reasons, allow.

(As it then read.)

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada dans un délai de vingt et un jours après qu'a été prononcé le jugement dont il est interjeté appel ou dans tel délai supplémentaire que la Cour suprême du Canada, ou l'un de ses juges, peut accorder pour des raisons spéciales. [C'est nous qui soulignons.]

La formulation différente des al. 618(1)a) et b) est révélatrice. Selon l'argument de l'intimée, cette Cour serait tenue d'interpréter l'al. 618(1)b) comme s'il était rédigé de la manière suivante:

618. (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident, ou

b) sur toute question de droit au sujet de laquelle l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada dans un délai de vingt et un jours après qu'a été prononcé le jugement dont il est interjeté appel ou dans tel délai supplémentaire que la Cour suprême du Canada, ou l'un de ses juges, peut accorder pour des raisons spéciales. [C'est nous qui soulignons.]

Cette interprétation ne peut être juste lorsque l'autorisation de pourvoi a été accordée de manière générale comme l'illustre bien l'arrêt *R. c. Caouette*, [1973] R.C.S. 859, qui visait la portée de l'al. 621(1)b), l'équivalent de l'al. 618(1)b) pour le ministère public:

621. (1) Lorsqu'un jugement d'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité par suite d'un appel interjeté aux termes de l'article 603 ou 604 ou rejette un appel interjeté aux termes de l'alinéa 605(1)a) ou du paragraphe 605(3), le procureur général peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident, ou

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada dans un délai de vingt et un jours après qu'a été prononcé le jugement dont il est interjeté appel ou dans tel délai supplémentaire que la Cour suprême du Canada, ou l'un de ses juges, peut accorder pour des raisons spéciales.

(Texte en vigueur à l'époque.)

In that case, the Crown asserted an appeal as of right, based on the questions of law on which there had been a dissent, against the acquittal of Caouette by the Court of Appeal. The Crown however also obtained leave to appeal under s. 621(1)(b) "on any question of law". After having stated that the jurisdiction of the Supreme Court was the threshold question in the appeal, Laskin J., as he then was, dissenting on another point, expressed the following comments at p. 881 on the Crown's right of appeal after leave has been granted at large:

This leave . . . must, in my understanding, be taken to relate to any question of law that goes to the validity of the verdict of acquittal; it cannot be construed to refer to a question of law whose correct resolution would not affect the result reached by the majority of the Quebec Court of Appeal. The unlimited character of the leave makes it necessary to determine what were the grounds upon which the Quebec Court of Appeal set aside the conviction herein and to consider the grounds urged in this Court against the acquittal; in this latter respect there is no restriction to the grounds upon which the Quebec Court of Appeal proceeded. [Emphasis added.]

(See also the comments of the majority at pp. 868-69.)

For reasons of fairness, the Court is reluctant to decide a case on a basis which was not argued by the parties and upon which the provincial courts have not spoken. This is a far cry, however, from suggesting that any issue not contained in the leave application which may tend to support acquittal or conviction is beyond the reach of the Court. For example, let us suppose that *Ancio* had never been heard or decided by the Court and *Wigman* had proceeded to be argued solely on the *Kienapple* issue. It would have been open to the Court to ask for additional argument on the correctness of the Court's decision in *Lajoie*. The Court can, and not infrequently does, raise issues which did not attract the interest of the parties at the time of the leave application. In short, this case arose while avenues of redress from the judgment were still open to the accused — it was still "in the

Dans cette affaire, le ministère public a revendiqué un appel de plein droit, fondé sur les questions de droit à l'égard desquelles il y avait eu une dissidence, contre l'acquiescement de Caouette par la Cour d'appel. Toutefois, le ministère public a également obtenu, en vertu de l'al. 621(1)b), l'autorisation d'interjeter appel «sur toute question de droit». Après avoir déclaré que la compétence de la Cour suprême constituait la question fondamentale du pourvoi, le juge Laskin, plus tard Juge en chef, dissident quant à un autre point, formule les observations suivantes à la p. 881 au sujet du droit d'appel du ministère public après que l'autorisation a été accordée de manière générale:

Cette permission [. . .] doit, selon moi, être considérée comme ayant trait à toute question de droit influant sur la validité du verdict d'acquiescement; elle ne peut s'interpréter comme ayant trait à une question de droit dont la solution ne changerait rien à la conclusion tirée par la majorité de la Cour d'appel du Québec. Le caractère illimité de l'autorisation nous oblige à déterminer quels sont les motifs pour lesquels la Cour d'appel du Québec a infirmé la condamnation prononcée en l'espèce et à examiner les motifs invoqués en cette Cour à l'encontre de l'acquiescement; sur ce dernier point, il n'est pas nécessaire de se restreindre aux motifs sur lesquels la Cour d'appel du Québec s'est fondée. [C'est nous qui soulignons.]

(Voir également les observations de la majorité aux pp. 868 et 869.)

Pour des raisons d'équité, la Cour hésite à régler une affaire en fonction d'un moyen qui n'a pas été plaidé par les parties et sur lequel les tribunaux provinciaux ne se sont pas prononcés. Toutefois, on est loin de laisser entendre par cela que la Cour ne peut se pencher sur une question qui ne figure pas dans la demande d'autorisation, mais qui pourrait justifier un acquiescement ou une déclaration de culpabilité. Par exemple, supposons que l'affaire *Ancio* n'a jamais été entendue ni tranchée par la Cour et que l'affaire *Wigman* a été débattue uniquement sur la question de l'arrêt *Kienapple*. La Cour aurait pu demander des plaidoiries supplémentaires sur la justesse de l'arrêt *Lajoie*. La Cour peut, et il n'est pas rare qu'elle le fasse, soulever des questions auxquelles les parties ne s'étaient pas intéressées au moment de la demande d'autorisation. En bref, cette affaire s'est présentée alors que

system” so to speak. The possibility for an appellant to raise a new question of law should, however, be subject to counsel for the opposing party being given notice that the point will be raised and sufficient opportunity to respond, which was assured in the present case by granting the adjournment requested.

Provided that he is still in the system, an accused charged with an offence is entitled to have his or her culpability determined on the basis of what is held to be the proper and accurate interpretation of the *Code*. The same reasoning was inevitably though implicitly adopted in *Ancio*. Obviously, the respondent *Ancio* was still in the system; once it is established in the case at bar that the appellant is still in the system, then the rationale for applying to him the ruling in *Ancio* is the same as the one which was taken for granted in *Ancio* with respect to the respondent *Ancio*.

This rationale is grounded in the principle that an accused should not be convicted on the basis of the interpretation of a statute which, at the appropriate time, is known to be wrong. An apt expression of this principle can be found in the following passage written by Lord Goddard C.J. on behalf of the full Court of Criminal Appeal in *R. v. Taylor*, [1950] 2 K.B. 368, at p. 371:

This court . . . has to deal with questions involving the liberty of the subject, and if it finds, on reconsideration, that, in the opinion of a full court assembled for that purpose, the law has been either misapplied or misunderstood in a decision which it has previously given, and that, on the strength of that decision, an accused person has been sentenced and imprisoned it is the bounden duty of the court to reconsider the earlier decision with a view to seeing whether that person had been properly convicted.

Taylor was a bigamy case where the Court of Criminal Appeal reconsidered its previous interpretation of the statutory defence of seven years absence available to a “Person Marrying a Second Time”, given in the *R. v. Treanor* case (1939), 27 Cr. App. Rep. 35. The above-quoted passage is directed at the limits of the doctrine of *stare decisis* but it also explains why the new and pre-

l'accusé disposait toujours de voies de recours — elle était toujours «en cours» pour ainsi dire. La possibilité qu'un appellant soulève une nouvelle question de droit devrait toutefois être assujettie à la communication d'un avis à la partie adverse que le point sera soulevé et à une possibilité suffisante de répondre, ce qui a été assuré en l'espèce en accordant l'ajournement demandé.

À la condition que son affaire soit toujours en cours, l'accusé inculpé d'une infraction a droit à ce que sa culpabilité soit fondée sur l'interprétation du *Code* qui est considérée appropriée et exacte. Le même raisonnement a été inévitablement, bien qu'implicitement, adopté dans l'arrêt *Ancio*. De toute évidence, l'affaire de l'intimé *Ancio* était toujours en cours; une fois établi en l'espèce que l'affaire de l'appellant est toujours en cours, alors le raisonnement permettant d'appliquer l'arrêt *Ancio* à son cas est le même que celui qui a été tenu pour acquis dans l'affaire *Ancio* en ce qui a trait à l'intimé d'alors.

Ce raisonnement est fondé sur le principe qu'un accusé ne doit pas être condamné en fonction de l'interprétation d'une loi que l'on sait erronée en temps utile. Ce principe est bien exprimé dans le passage suivant rédigé par le lord juge en chef Goddard au nom de la Court of Criminal Appeal siégeant au complet dans l'affaire *R. v. Taylor*, [1950] 2 K.B. 368, à la p. 371:

[TRADUCTION] Cette cour [...] doit traiter des questions relatives à la liberté du citoyen et si elle conclut, après un nouvel examen que, de l'avis d'une cour siégeant au complet constituée pour cette fin, le droit a été soit mal appliqué soit mal interprété dans une décision qu'elle a précédemment rendue, et que, en vertu de cette décision, un accusé a été condamné et emprisonné, la cour a le devoir impérieux d'examiner de nouveau la décision précédente pour voir si cette personne a été déclarée coupable à juste titre.

L'arrêt *Taylor* est une affaire de bigamie où la Court of Criminal Appeal a réexaminé l'interprétation précédemment donnée dans l'arrêt *R. v. Treanor* (1939), 27 Cr. App. Rep. 35, au sujet d'un moyen de défense prévu par la loi et qui permettait à une [TRADUCTION] «Personne se mariant une seconde fois» d'invoquer une absence de sept ans. Le passage précité porte sur les limites

sumably correct interpretation of an offence-creating statute should be applied to the accused who is still before the court when the correct interpretation is rendered.

This rationale was recently followed in *R. v. Hotte* (1984), 13 W.C.B. 224, in a decision almost identical to the case at bar. On October 21, 1982, Hotte was convicted at trial of attempted murder. The trial judge had charged himself that the intent required to be proven by the Crown was that specified in either s. 212(a)(i) or s. 212(a)(ii) of the *Code*. Prior to the appeal against conviction being heard before the Court of Appeal of Alberta, this Court released its judgment in *Ancio*. Laycraft J.A., speaking for the Court of Appeal, came to the conclusion that, as a consequence of the interpretation given in *Ancio*, the appellant had been wrongly convicted of attempted murder, and he set aside the conviction on this charge. On the evidence of the case and on the findings made by the trial judge, however, Laycraft J.A., pursuant to s. 613 of the *Code*, substituted a conviction for the included offence of causing bodily harm with intent to wound, maim or disfigure, under s. 228 of the *Code*, as it then stood. *Hotte* is only one of several decisions wherein different courts of appeal have consistently applied *Ancio* to convictions entered prior to the ruling of this Court: see *R. v. Braun* (1984), 12 W.C.B. 281 (Alta. C.A.); *R. v. Beaver* (1984), 64 N.S.R. 158 (C.A.); *R. v. Bains and Grewal* (1985), 7 O.A.C. 67, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v; *R. v. Singh (Inderjit)* (1985), 8 O.A.C. 100, and *Czubak c. La Reine*, R.J.P.Q., 86-180 (C.A.)

We should finally add that the possibility for the appellant to raise the new interpretation given in *Ancio* is consistent with the power of this Court, in s. 48 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, to resort to its general discretion to order a

du principe du *stare decisis*, mais il explique également pourquoi la nouvelle interprétation, vraisemblablement correcte, d'une loi qui crée une infraction devrait être appliquée à l'accusé dont l'affaire est encore en instance lorsque l'interprétation correcte est rendue.

Ce raisonnement a été suivi récemment dans *R. v. Hotte* (1984), 13 W.C.B. 224, une décision quasi identique à celle en l'espèce. Le 21 octobre 1982, Hotte a été reconnu coupable de tentative de meurtre à son procès. Le juge du procès avait considéré que l'intention dont le ministère public devait faire la preuve était celle spécifiée dans l'un ou l'autre des sous-al. 212a)(i) ou 212a)(ii) du *Code*. Cette Cour a rendu l'arrêt *Ancio* avant que la Cour d'appel de l'Alberta ne procède à l'audition de l'appel de la déclaration de culpabilité. Le juge Laycraft, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, en est venu à la conclusion qu'en raison de l'interprétation donnée dans l'arrêt *Ancio*, l'appellant avait été déclaré à tort coupable de tentative de meurtre et il a annulé la déclaration de culpabilité relative à cette accusation. Toutefois, compte tenu de la preuve soumise en l'espèce et des constatations du juge du procès, le juge Laycraft a, conformément à l'art. 613 du *Code*, substitué une déclaration de culpabilité de l'infraction comprise consistant à causer des lésions corporelles dans l'intention de blesser, de mutiler ou de défigurer une personne, en vertu de l'art. 228 du *Code*, tel qu'il se lisait à l'époque. L'arrêt *Hotte* n'est qu'une des diverses décisions dans lesquelles différentes cours d'appel ont appliqué uniformément l'arrêt *Ancio* à des déclarations de culpabilité inscrites avant la décision de cette Cour: voir *R. v. Braun* (1984), 12 W.C.B. 281 (C.A. Alb.); *R. v. Beaver* (1984), 64 N.S.R. 158 (C.A.); *R. v. Bains and Grewal* (1985), 7 O.A.C. 67, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v; *R. v. Singh (Inderjit)* (1985), 8 O.A.C. 100, et *Czubak c. La Reine*, R.J.P.Q., 86-180 (C.A.)

Il convient finalement d'ajouter que la possibilité pour l'appellant de soulever la nouvelle interprétation donnée dans l'arrêt *Ancio* est conforme à la faculté qu'a cette Cour de recourir au pouvoir discrétionnaire général d'ordonner un nouveau

new trial when “the ends of justice seem to require it”.

VI

Conclusion

The determinative factor in the case at bar is that the appellant became entitled to bring into question the validity of his conviction on any question of law at a time when this Court had just reversed its own interpretation of attempted murder. The appellant is thus entitled to invoke the new question of law raised by reason of *Ancio* in accordance with s. 618(1)(b) of the *Code*. He has established that he was “in the system” since he still had an appeal pending before this Court when *Ancio* was released.

It is common ground that the charge to the jury did not conform to *Ancio*. The curative provision of s. 613(1)(b)(iii) cannot be used since it is not clear that the jury would have convicted Mr. Wigman of attempted murder if instructed that the necessary intent was the intent to kill. Firstly, it cannot be determined with any degree of certainty that the jury completely rejected Mr. Wigman’s story that “Dave” was the person who administered the beating. The jury may have found that Mr. Wigman was a party to the offence committed by “Dave”. Secondly, in spite of the savagery of the attack, it cannot be concluded that the jury found or ought to have found that the attacker had the intent to kill rather than the intent to inflict bodily harm which he knew was likely to cause death.

Nonetheless, the Crown has indicated that it would be satisfied with the substitution of a conviction for the included offence of causing bodily harm with intent to endanger life, contrary to s. 228 of the *Code* as it read at the material time:

228. Every one who, with intent

- (a) to wound, maim or disfigure any person,
- (b) to endanger the life of any person, or
- (c) to prevent the arrest or detention of any person,

procès lorsque «des fins de la justice paraissent l’exiger», que lui confère l’art. 48 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19.

VI

Conclusion

Le facteur déterminant en l’espèce réside dans le fait que l’appelant a obtenu le droit de remettre en question la validité de sa déclaration de culpabilité relativement à toute question de droit à un moment où cette Cour venait tout juste d’infirmar sa propre interprétation de la tentative de meurtre. L’appelant a donc, conformément à l’al. 618(1)(b) du *Code*, le droit d’invoquer cette nouvelle question de droit qui découle de l’arrêt *Ancio*. Il a démontré que son affaire était «en cours» puisqu’il avait encore un appel non résolu devant cette Cour au moment où l’arrêt *Ancio* a été rendu.

Il est admis que l’exposé au jury n’était pas conforme à l’arrêt *Ancio*. On ne saurait avoir recours à la disposition curative du sous-al. 613(1)(b)(iii), puisqu’il n’est pas certain que le jury aurait reconnu M. Wigman coupable de tentative de meurtre si on lui avait dit que l’intention nécessaire était l’intention de tuer. Premièrement, on ne peut déterminer avec certitude que le jury a complètement rejeté la version de M. Wigman selon laquelle «Dave» était la personne qui avait porté les coups. Le jury peut avoir conclu que M. Wigman était une partie à l’infraction commise par «Dave». Deuxièmement, malgré la brutalité de l’agression, on ne peut conclure que le jury a conclu ou aurait dû conclure que l’agresseur avait l’intention de tuer plutôt que l’intention de causer des lésions corporelles qu’il savait de nature à causer la mort.

Néanmoins, le ministère public a indiqué qu’il serait satisfait si on substituait une déclaration de culpabilité de l’infraction comprise d’avoir causé des lésions corporelles dans l’intention de mettre en danger la vie d’une personne, selon l’art. 228 du *Code*, tel que rédigé à l’époque en cause:

228. Est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, dans l’intention

- a) de blesser, mutiler ou défigurer une personne,
- b) de mettre en danger la vie d’une personne, ou
- c) d’empêcher l’arrestation ou la détention d’une personne,

discharges a firearm, air gun or air pistol at or causes bodily harm in any way to any person, whether or not that person is the one mentioned in paragraph (a), (b) or (c), is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

This included offence was put to the jury, but of course no verdict was rendered on it since the jury found Mr. Wigman guilty of attempted murder. The two mental elements put to the jury in the trial judge's charge on attempted murder were (i) the intent to kill, and (ii) the intent to cause bodily harm that he knows is likely to cause death and is reckless whether death ensues or not. Since the jurors convicted on the basis of one of these two mental elements, it follows that they would also have convicted Mr. Wigman of the offence under s. 228. The previous comments on the *Kienapple* rule are equally applicable in respect of the s. 228(b) offence. The intent required under s. 228(b) is an aggravated intent distinct and additional to that which would suffice for a conviction of breaking and entering and robbery.

Accordingly, we would, pursuant to s. 613(1)(b)(i) and s. 613(3), dismiss the appeal but substitute a conviction for the included offence of causing bodily harm with intent to endanger life (s. 228 of the *Criminal Code*); see *R. v. Nantais*, [1966] 4 C.C.C. 108 (Ont. C.A.); *R. v. Fyfe*, [1968] 1 C.C.C. 295 (B.C.C.A.); *R. v. Ruggiero* (1972), 9 C.C.C. (2d) 546 (Ont. C.A.); *R. v. Hotte, supra*, and *R. v. Singh (Inderjit), supra*.

The case should be remitted to the Supreme Court of British Columbia for sentencing.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

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

décharge une arme à feu, un fusil à vent ou un pistolet à vent contre quelqu'un ou lui cause de quelque manière des lésions corporelles, que cette personne soit ou non celle qui est mentionnée à l'alinéa a), b) ou c).

a

Cette infraction comprise a été soumise au jury mais, naturellement, aucun verdict n'a été rendu à son égard puisque celui-ci a déclaré M. Wigman coupable de tentative de meurtre. Les deux éléments moraux dont le jury a été saisi dans l'exposé du juge au sujet de la tentative de meurtre sont: (i) l'intention de tuer et (ii) l'intention de causer des lésions corporelles alors que l'accusé sait qu'elles sont de nature à causer la mort et qu'il ne se soucie pas que la mort s'ensuive ou non. Comme les jurés l'ont reconnu coupable en fonction de l'un de ces deux éléments moraux, il s'ensuit qu'ils auraient aussi reconnu M. Wigman coupable de l'infraction définie à l'art. 228. Les commentaires précédents sur l'arrêt *Kienapple* sont également applicables à l'infraction définie à l'al. 228b). L'intention requise en vertu de l'al. 228b) constitue une intention grave distincte et supplémentaire à celle qui suffirait à entraîner une déclaration de culpabilité d'introduction par effraction et de vol qualifié.

b

c

d

e

Par conséquent, nous sommes d'avis, en application du sous-al. 613(1)(b)(i) et du par. 613(3), de rejeter le pourvoi mais de substituer une déclaration de culpabilité de l'infraction comprise d'avoir causé des lésions corporelles dans l'intention de mettre en danger la vie d'une personne (art. 228 du *Code criminel*); voir *R. v. Nantais*, [1966] 4 C.C.C. 108 (C.A. Ont.); *R. v. Fyfe*, [1968] 1 C.C.C. 295 (C.A.C.-B.); *R. v. Ruggiero* (1972), 9 C.C.C. (2d) 546 (C.A. Ont.); *R. v. Hotte et R. v. Singh (Inderjit)*, précités.

f

g

h

Nous sommes d'avis de renvoyer l'affaire à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour qu'une sentence soit déterminée.

Pourvoi rejeté.

i

Procureur de l'appellant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Ruby Collins *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. V. COLLINS

File No.: 17937.

1986: May 27; 1987: April 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Drug search — Woman searched by police in violent manner — Heroin discovered — Reasons for suspecting woman not introduced at trial because unfounded objection hearsay — Whether or not unreasonable search and seizure — Whether or not evidence of heroin inadmissible because bringing administration of justice into disrepute — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(1) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(1), (2).

Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Drug search — Doubt as to reasonableness of search — Whether admission into evidence of seized heroin bringing administration of justice into disrepute.

Appellant had been under surveillance by two members of the R.C.M.P. Drug Squad. A police officer approached her in a pub, laid hold of her identifying himself by saying "police officer", grabbed her throat and pulled her to the floor. (The "throat hold" is used to prevent someone from swallowing drugs contained in a condom or balloon and recovering them later.) The officer directed her to let go of an object clenched in her hand—a balloon containing heroin. The trial judge found that the officer did not have a reasonable ground as required in s. 10 of the *Narcotic Control Act* because the evidential basis for his suspicion was not admitted following an objection, albeit unfounded, that it was hearsay. The search was found to be unlawful and therefore unreasonable and in violation of s. 8 of the *Charter* but the evidence was nevertheless admitted because the accused failed to satisfy the judge that it should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Ruby Collins *Appelante*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. COLLINS

N° du greffe: 17937.

1986: 27 mai; 1987: 9 avril.

b

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

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

c

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Fouille en vue de découvrir des stupéfiants — Policier usant de force pour fouiller une femme — Découverte d'héroïne — Non-production au procès des motifs de soupçons contre la femme à cause de l'objection non fondée qu'ils constituaient du ouï-dire — S'agit-il d'une fouille abusive? — La preuve relative à l'héroïne est-elle inadmissible parce que son utilisation déconsidérerait l'administration de la justice? — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(1) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(1), (2).

d

Preuve — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Fouille en vue de découvrir des stupéfiants — Doute quant au caractère abusif de la fouille — L'utilisation en preuve de l'héroïne saisie déconsidérerait-elle l'administration de la justice?

e

L'appelante faisait l'objet d'une surveillance par deux membres de l'escouade des stupéfiants de la GRC. Un policier s'est approché d'elle dans un débit de boissons, l'a saisie en disant «police», l'a prise à la gorge et l'a fait tomber par terre. (La «prise à la gorge» s'emploie pour empêcher qu'on avale des stupéfiants contenus dans un condom ou un ballon pour les récupérer ultérieurement.) Le policier lui a ordonné de lâcher un objet qu'elle serrait dans la main; il s'agissait d'un ballon contenant de l'héroïne. Le juge du procès a conclu que le policier n'avait pas de motif raisonnable au sens de l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* parce que le fondement de son soupçon n'a pas été admis en preuve en raison d'une objection, injustifiée d'ailleurs, que cela constituait du ouï-dire. On a jugé que la fouille était illégale et, partant, abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte*. L'élément de preuve en question a toutefois été admis parce que l'accusée n'a pas convaincu le juge qu'il y

f

g

h

i

j

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

Court of Appeal unanimously dismissed the accused's appeal. At issue is whether or not this evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Held (McIntyre J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Dickson C.J. and Lamer, Wilson and La Forest JJ.: The trial judge's decision under s. 24(2) is a question of law from which an appeal will generally lie, except in so far as it is based on his assessment of the credibility of witnesses.

Appellant bears the burden of persuading the court on a civil standard that a *Charter* right has been infringed. In the case of a search without a warrant, the burden shifts to the Crown. The Crown here was not able to prove the search reasonable because it did not establish under s. 10 of the *Narcotic Control Act* that the officer had reasonable and probable grounds for believing there were narcotics in the place where the person was searched. Because this failure to establish the grounds for the search was due to an error by the trial judge, a new trial should be ordered if the evidence would be excluded on the record as it now stands.

Where a search is unreasonable and violates appellant's rights under s. 8 of the *Charter*, the evidence so obtained should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* if the appellant establishes on a civil standard that its admission would bring the administration of justice into disrepute. The criminal justice system may be brought into disrepute by the admission of evidence that would deprive the accused of a fair hearing or from judicial condonation of unacceptable conduct by the authorities. Disrepute may also result from the exclusion of evidence.

Since the concept of disrepute involves some element of community views, the test should be put figuratively in terms of the reasonable person: would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances of the case. A judge's discretion under this test is thus not untrammelled, for he should not render a decision that would be unacceptable to the community, provided the community is not being wrought with passion or otherwise under passing stress due to current events.

avait lieu de l'écarter en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'appel de l'accusée. La question en litige est de savoir si cette preuve doit être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt (le juge McIntyre est dissident): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson et La Forest: La décision du juge du procès en vertu du par. 24(2) est une question de droit dont on peut généralement faire appel, sauf dans la mesure où elle est fondée sur son évaluation de la crédibilité des témoins.

L'appelante a la charge de persuader la cour, selon la norme applicable en matière civile, qu'il y a eu violation d'un droit conféré par la *Charte*. Dans le cas d'une fouille sans mandat, la charge de la preuve passe à la poursuite. En l'espèce, la poursuite n'a pas pu prouver qu'il s'agissait d'une fouille raisonnable parce qu'elle n'a pas établi, conformément à l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, que le policier avait des motifs raisonnables et probables de croire à la présence de stupéfiants dans l'endroit où la personne a été fouillée. Vu que l'omission d'établir les motifs de la fouille est due à une erreur de la part du juge du procès, un nouveau procès devrait être ordonné si la preuve était écartée en fonction du dossier tel qu'il existe actuellement.

Lorsqu'une fouille est abusive et viole les droits garantis à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*, les éléments de preuve ainsi obtenus doivent être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte* si l'appelant établit, en fonction d'une norme applicable en matière civile, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le système de justice criminelle peut être déconsidéré par l'utilisation d'éléments de preuve qui priveraient l'accusé d'un procès équitable ou de l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la part des autorités. La déconsidération peut aussi découler de l'exclusion d'éléments de preuve.

Puisque la notion de déconsidération inclut un élément d'opinion publique, le critère devrait être exprimé de façon figurative par le critère de la personne raisonnable: l'utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de la personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances de l'affaire? Ainsi, en vertu de ce critère, la décision n'est pas laissée à la discrétion illimitée du juge, car il ne doit pas rendre une décision que la société considérerait inacceptable lorsque celle-ci n'est pas déchirée par la passion ou autrement tirillée par des événements présents.

Section 24(2) directs the judge to consider all the circumstances in determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute. The courts have considered a number of factors—the list is not exhaustive—and these factors can be broadly summarized. Certain factors are relevant in determining the effect of the admission of evidence on the fairness of the trial. The trial is a key part of the administration of justice and its fairness is a major source of the repute of the system. A second group of factors relates to the seriousness of the *Charter* violation and therefore to the disrepute that will result from judicial acceptance of evidence obtained through that violation. The third group of factors relates to the effect of excluding the evidence: exclusion of evidence essential to a charge because of a trivial breach of the *Charter* would result in an acquittal and would bring the administration of justice into varying degrees of disrepute directly proportionate to the seriousness of the charge. The more serious the offence, however, the more damaging would be an unfair trial to the system's repute. A final factor, the availability of other remedies, was not relevant.

The threshold for exclusion under s. 24(2) is lower than that under the "community shock test" enunciated in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640. Under s. 24(2), there will have been a constitutional violation as opposed to the absence of any unlawful behaviour as a result of the resort to tricks in *Rothman*. The language of s. 24(2), furthermore, indicates a lower threshold. The French version of the text, which translates could bring the administration of justice into disrepute, is less onerous than the more stringent English version, "would bring the administration of justice into disrepute", and consequently is preferable in that it better protects the right to a fair trial.

The evidence should be excluded on the record as it stands at present, notwithstanding the fact that the trial would not be rendered unfair by its admission or the fact that exclusion could bring the administration of justice into disrepute by allowing a person convicted at trial of a relatively serious offence to evade that conviction. The administration of justice would be brought into even greater disrepute if the Court did not exclude the evidence and dissociate itself from the conduct of the police which, assuming it was based on mere suspicion, flagrantly and seriously violated the individual's rights. The matter might be clarified at a new trial where the officer could explain his reasons for his actions, but

Le paragraphe 24(2) enjoint au juge qui détermine si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, de tenir compte de toutes les circonstances. Les tribunaux ont considéré de nombreux facteurs, dont la liste n'est pas exhaustive et qu'on peut résumer en termes généraux. Certains facteurs sont importants quand on détermine l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès. Le procès joue un rôle clé dans l'administration de la justice et la bonne réputation du système dépend dans une large mesure de son équité. Un second groupe de facteurs touche à la gravité de la violation de la *Charte* et donc à la déconsidération qu'entraînera l'acceptation par les juges d'éléments de preuve obtenus de cette façon. Le troisième groupe de facteurs se rapporte à l'effet de l'exclusion de la preuve: l'exclusion d'éléments de preuve essentiels à une accusation à cause d'une violation anodine de la *Charte* entraînerait un acquittement et serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice à des degrés différents directement proportionnels à la gravité de la violation. Toutefois, plus l'infraction est grave, plus le procès inéquitable sera dommageable pour la réputation du système. Un dernier facteur, l'existence d'autres recours, n'entre pas en ligne de compte.

Le seuil d'exclusion en vertu du par. 24(2) est fixé plus bas que celui qui découle du «critère de la conduite qui choque la collectivité» énoncé dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640. En vertu du par. 24(2), il y aura eu une violation de la Constitution et non l'absence d'une conduite illégale découlant de l'usage d'artifices comme dans l'affaire *Rothman*. En outre, les termes du par. 24(2) indiquent un seuil placé plus bas. Le texte français du par. 24(2) qui équivaut à pourrait déconsidérer l'administration de la justice établit donc un seuil un peu plus bas que celui plus sévère fixé par le texte anglais (would bring the administration of justice into disrepute.) On doit donc le préférer car il est mieux à même de protéger le droit à un procès équitable.

La preuve doit être écartée vu le dossier actuel, même si rien ne porte à croire que son utilisation au procès le rendrait inéquitable ni que l'exclusion est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice en permettant à une personne, qui a été déclarée coupable au procès d'une infraction relativement grave, d'éviter une condamnation. L'administration de la justice serait plus gravement déconsidérée si la Cour n'écartait pas la preuve et ne se dissociait pas de la conduite de la police en l'espèce, qui, toujours si l'on suppose que le policier n'avait que des soupçons, constituait une violation flagrante et grave des droits d'une personne. Les choses pourront bien être tirées au clair, dans le cadre d'un

absent adequate additional grounds for those actions, the evidence must be excluded.

Per Le Dain J.: Assuming, as was necessary on the record here, that the police officer did not have grounds for a reasonable belief that the accused was in possession of a narcotic and having regard to all the circumstances and in particular the relative seriousness of the violation of the right guaranteed by s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The nature of the test under s. 24(2) of the *Charter* and the factors to be weighed as discussed by Lamer J. were generally agreed with without subscribing to what was said concerning the nature and general importance under s. 24(2) of the factor referred to as the effect of the admission of evidence on the fairness of the trial. Opinion was reserved with respect to this factor which was not necessary to the determination of this case. Concern was expressed as to the possible implications for such matters as self-incrimination and confession and as to whether there was a basis in s. 24(2) for the view that, to the extent that this factor was relevant, it should generally lead to the exclusion of the evidence.

Per McIntyre J. (dissenting): The search can be considered unreasonable for the purposes of this appeal. The admission of the evidence obtained on that search, nevertheless, would not bring the administration of justice into disrepute contrary to s. 24(2) of the *Charter*. The issue of whether or not the administration of justice will be brought into disrepute is to be seen through the eyes of the community as a whole and accordingly an approach similar to the "reasonable man" should be adopted. Rules and principles will be developed on a case-by-case basis to produce an applicable standard for the application of s. 24(2). Recourse should not be had to the "community shock" test or to public opinion polls and other devices used to sample public opinion. On a charge for possession of narcotics for the purpose of trafficking, the admission of evidence of possession of a balloon containing heroin in a public bar in the presence of other people would not bring the administration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable man, dispassionate and fully apprised in the circumstances.

nouveau procès, si le policier peut expliquer les motifs à l'origine de son action, mais à défaut de motifs explicatifs additionnels, la preuve doit être écartée.

a *Le juge Le Dain*: En supposant, comme on doit le faire vu le dossier en l'espèce, que le policier n'avait pas de motifs raisonnables de croire que l'accusée était en possession d'un stupéfiant, et eu égard à toutes les circonstances et en particulier à la relative gravité de la violation du droit à la protection contre les fouilles abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*, l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. On se dit d'accord, de manière générale, avec ce qu'affirme le juge Lamer au sujet de la nature du critère établi au par. 24(2) de la *Charte* et des facteurs qu'il faut soupeser, sans toutefois souscrire à ce qui est dit au sujet de la nature et de l'importance relative, en vertu du par. 24(2), du facteur décrit comme l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès. On s'abstient de se prononcer au sujet de ce facteur qu'il n'est pas nécessaire d'examiner pour statuer sur la présente affaire. On se préoccupe des répercussions possibles sur des questions comme l'auto-incrimination et la confession et de la question de savoir s'il y a dans le par. 24(2) de quoi justifier le point de vue selon lequel, dans la mesure où il est pertinent, ce facteur doit généralement entraîner l'exclusion de la preuve.

f *Le juge McIntyre* (dissident): Aux fins de ce pourvoi, la fouille peut être considérée abusive. L'utilisation des éléments de preuve obtenus grâce à la fouille n'est néanmoins pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la *Charte*. La question de savoir si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice doit être regardée avec les yeux de la société en général et, par conséquent, une analyse similaire à celle de l'homme raisonnable doit être adoptée. Des règles et des principes seront développés cas par cas de manière à produire une norme acceptable pour appliquer le par. 24(2). On ne doit pas recourir au critère du «choc de la collectivité» ni aux sondages d'opinion ou autres mécanismes d'échantillonnage de l'opinion publique. Dans le cas d'une accusation de possession de stupéfiants pour en faire le trafic, l'utilisation de la preuve de possession d'un ballon contenant de l'héroïne dans un bar public en présence d'autres gens n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux d'un homme raisonnable, objectif et bien informé de toutes les circonstances.

Cases cited

By Lamer J.

Referred to: *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. DeBot* (1986), 17 O.A.C. 141; *R. v. Lundrigan* (1985), 19 C.C.C. (3d) 499; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251; *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; *R. v. Cohen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 156; *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Pohoretsky* (1985), 18 C.C.C. (3d) 104; *R. v. Dymont* (1986), 25 C.C.C. (3d) 120; *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Dumas* (1985), 23 C.C.C. (3d) 366; *R. v. Strachan* (1986), 24 C.C.C. (3d) 205; *R. v. Dairy Supplies Ltd.*, Man. C.A., January 13, 1987, unreported.

By McIntyre J. (dissenting)

R. v. Strachan (1986), 24 C.C.C. (3d) 205.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 11(d), 24(1), (2).
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(1)(a), (b), (c), rep. in part by S.C. 1985, c. 19, s. 200.

Authors Cited

Gibson, Dale. *The Law of the Charter: General Principles*. Calgary: Carswells, 1986.
 Morissette, Yves-Marie. "The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do" (1984), 29 *McGill L.J.* 521.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [1983] 5 W.W.R. 43, 148 D.L.R. (3d) 40, 5 C.C.C. (3d) 141, dismissing an appeal from conviction, by Wong Co. Ct. J., of possession of heroin for the purpose of trafficking, [1983] W.C.D. 061, [1983] B.C.W.L.D. 1180. Appeal allowed and a new trial ordered, McIntyre J. dissenting.

G. A. Goyer, for the appellant.

S. David Frankel and *Donald J. Avison*, for the respondent.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêts mentionnés: *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. DeBot* (1986), 17 O.A.C. 141; *R. v. Lundrigan* (1985), 19 C.C.C. (3d) 499; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; *R. v. Cohen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 156; *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Pohoretsky* (1985), 18 C.C.C. (3d) 104; *R. v. Dymont* (1986), 25 C.C.C. (3d) 120; *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. v. Dumas* (1985), 23 C.C.C. (3d) 366; *R. v. Strachan* (1986), 24 C.C.C. (3d) 205; *R. v. Dairy Supplies Ltd.*, C.A. Man., 13 janvier 1987, inédit.

^d Citée par le juge McIntyre (dissident)

R. v. Strachan (1986), 24 C.C.C. (3d) 205.

Lois et règlements cités

^e *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 11d), 24(1), (2).
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(1)a), b), c), abr. S.C. 1985, chap. 19, art. 200.

f Doctrine citée

Gibson, Dale. *The Law of the Charter: General Principles*. Calgary: Carswells, 1986.
 Morissette, Yves-Marie. «The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do» (1984), 29 *R. de d. McGill* 521.

^h POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1983] 5 W.W.R. 43, 148 D.L.R. (3d) 40, 5 C.C.C. (3d) 141, rejetant un appel d'un verdict de culpabilité de possession d'héroïne pour en faire le trafic, rendu par le juge Wong de la Cour de comté, [1983] W.C.D. 061, [1983] B.C.W.L.D. 1180. ⁱ Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge McIntyre est dissident.

G. A. Goyer, pour l'appelante.

^j *S. David Frankel* et *Donald J. Avison*, pour l'intimée.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer, Wilson and La Forest JJ. was delivered by

LAMER J.—The appellant, Ruby Collins, was seated in a pub in the town of Gibsons when she was suddenly seized by the throat and pulled down to the floor by a man who said to her “police officer”. The police officer, then noticing that she had her hand clenched around an object, instructed her to let go of the object. As it turned out, she had a green balloon containing heroin.

It is common knowledge that drug traffickers often keep their drugs in balloons or condoms in their mouths so that they may, when approached by the Narcotics Control Agent, swallow the drugs without harm and recoup them subsequently. The “throat hold” is used to prevent them from swallowing the drugs.

The issue is whether the evidence obtained under these circumstances is to be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

The Facts

Constables Rodine and Woods of the RCMP Drug Squad at Vancouver attended at Gibsons to assist the Gibsons Detachment in dealing with a “heroin problem”. They commenced a surveillance at 11:00 a.m. at the Ritz Motel. Ruby Collins and her husband Richard were observed moving their belongings from one room to another and going to and from a car parked in front of their room. The officers ceased their surveillance at noon.

At 2:50 p.m., the officers entered the Cedars Pub, where they observed Ruby Collins seated at a table with two other people. Richard Collins and another person joined the first group at 3:35 p.m. At 3:50 p.m., Richard Collins and one of the others left the pub, and the officers followed them. They arrested Richard Collins and the other man at a nearby trailer court. Richard Collins was searched and was found to be in possession of heroin.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer, Wilson et La Forest rendu par

a LE JUGE LAMER—L’appelante, Ruby Collins, était assise dans un débit de boissons dans la ville de Gibsons quand un homme l’a subitement saisie à la gorge et l’a fait tomber par terre en lui disant «police». Le policier, qui s’est alors aperçu qu’elle b serrait dans sa main un objet, lui a dit de le lâcher. Ce qu’elle avait était un ballon vert contenant de l’héroïne.

c Il est bien connu que les trafiquants de stupéfiants gardent souvent leurs drogues dans des ballons ou des condoms qu’ils se mettent dans la bouche afin de pouvoir, à l’approche des agents de l’escouade des stupéfiants, avaler ces drogues sans danger et les récupérer ultérieurement. On emploie d la «prise à la gorge» pour empêcher qu’on avale les stupéfiants.

e La question en litige est de savoir si le par. 24(2) de la *Charte* exige que la preuve obtenue dans ces circonstances soit écartée.

Les faits

f Les agents Rodine et Woods de l’escouade des stupéfiants de la GRC à Vancouver se trouvaient à Gibsons pour aider le détachement de cette localité à régler un «problème d’héroïne». À 11 h ils ont entrepris la surveillance du Ritz Motel. Là, ils ont g vu Ruby Collins et son mari Richard qui déménageaient leurs effets d’une chambre à une autre et qui faisaient la navette entre leur chambre et une voiture stationnée devant elle. Les policiers ont interrompu leur surveillance à midi.

h À 14 h 50 les policiers sont entrés dans le Cedars Pub, où ils ont remarqué Ruby Collins assise à une table avec deux autres personnes. Richard Collins et quelqu’un d’autre sont venus se joindre au premier groupe à 15 h 35. À 15 h 50, Richard Collins et l’un des autres ont quitté le débit de boissons. Les policiers les ont suivis et ont arrêté Richard Collins et l’autre homme dans un parc à roulottes avoisinant. Richard Collins a été j fouillé et on a découvert qu’il était en possession d’héroïne.

The officers returned to the pub at 4:15 p.m. They observed Ruby Collins sitting with another woman at a different table. Constable Woods went directly to Ruby Collins. He testified:

A As I approached I quickened my pace. I then grabbed ahold of Mrs. Collins. At that time my impression was that she'd be under arrest. I grabbed her by the throat to prevent her from swallowing any evidence that may be there. In the process we had gone to the floor, taken her off the chair. We had gone to the floor. I observed her at that time move her hand away from her body. I observed a green item in that hand. It was clenched and just a piece of it was showing out. I asked her to open her hand and leave the item on the floor which she did and I subsequently seized a green balloon which had a knot on the top of it. I then picked Mrs. Collins from the floor, handcuffed her, and removed her outside.

Q Did you say anything to her at the time you seized her by the throat?

A Police officer. I stated that I was a police officer at that time.

The force used by Constable Woods was "considerable".

Legislation

The search of Ruby Collins was purportedly authorized by s. 10(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, as amended, as that section read prior to the amendments of December 1985:

10. (1) A peace officer may, at any time,
(a) without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house, and under the authority of a writ of assistance or a warrant issued under this section, enter and search any dwelling-house in which he reasonably believes there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed;

(b) search any person found in such place; and

(c) seize and take away any narcotic found in such place, any thing in such place in which he reasonably suspects a narcotic is contained or concealed, or any other thing by means of or in respect of which he

À 16 h 15 les policiers sont retournés au débit de boissons. Ils y ont vu Ruby Collins assise avec une autre femme à une table différente. L'agent Woods s'est dirigé immédiatement vers Ruby Collins. Voici son témoignage:

[TRADUCTION]

R En m'approchant j'ai pressé le pas. Puis j'ai saisi M^{me} Collins. Je croyais à ce moment-là qu'elle était en état d'arrestation. Je l'ai saisie à la gorge pour l'empêcher d'avaler tout élément de preuve qu'elle pouvait avoir dans la bouche. Ce geste l'a fait tomber de sa chaise et nous nous sommes retrouvés tous les deux à terre. Je me suis aperçu alors qu'elle éloignait sa main de son corps. J'ai remarqué qu'elle tenait un objet vert dans cette main. La main était fermée et seulement un petit morceau se voyait. Je lui ai demandé d'ouvrir la main et de déposer l'objet sur le plancher, ce qu'elle a fait. J'ai alors saisi l'objet; il s'agissait d'un ballon vert dont la queue était nouée. Ensuite, j'ai relevé M^{me} Collins, je lui ai passé des menottes et l'ai fait sortir.

Q Lui avez-vous dit quelque chose quand vous l'avez saisie à la gorge?

R Police. J'ai dit à ce moment-là que j'étais un policier.

L'agent Woods a usé d'une force «considérable».

Les textes législatifs

On prétend que la fouille de Ruby Collins était autorisée par le par. 10(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, et modifications, tel que ce paragraphe était rédigé antérieurement aux modifications de décembre 1985:

10. (1) Un agent de la paix peut, à toute époque,
(a) sans mandat, entrer et perquisitionner dans tout endroit autre qu'une maison d'habitation, et, sous l'autorité d'un mandat de main-forte ou d'un mandat délivré aux termes du présent article, entrer et perquisitionner dans toute maison d'habitation où il croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'il se trouve un stupéfiant au moyen ou à l'égard duquel une infraction à la présente loi a été commise;

(b) fouiller toute personne trouvée dans un semblable endroit; et

(c) saisir et enlever tout stupéfiant découvert dans un tel endroit, toute chose qui s'y trouve et dans laquelle il soupçonne en se fondant sur des motifs raisonnables qu'un stupéfiant est contenu ou caché, ou toute autre

reasonably believes an offence under this Act has been committed or that may be evidence of the commission of such an offence.

The relevant provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are ss. 8 and 24:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

The Proceedings

Trial

Ruby Collins was charged with possession of heroin for the purpose of trafficking. At the beginning of her trial before Wong Co. Ct. J., her counsel requested that a *voir dire* be conducted under s. 24 of the *Charter* to determine whether the fact that heroin was found in her possession should be admitted. He argued that the evidence should be excluded because it was obtained in a manner that infringed her right to be secure against unreasonable search and because, having regard to all of the circumstances of this case, the admission of that evidence into these proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Examined in chief, Constable Woods related the observations I have narrated. Under cross-examination, he admitted that nothing he had observed had aroused his suspicion that she was handling drugs or that drugs were on her person. The Crown re-examined the constable and sought to establish the basis of his suspicion, but the following exchange occurred:

chose au moyen ou à l'égard de laquelle il croit en se fondant sur des motifs raisonnables qu'une infraction à la présente loi a été commise, ou qui peut constituer une preuve établissant qu'une semblable infraction a été commise.

Les dispositions pertinentes de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont les art. 8 et 24:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

e La procédure

Le procès

Ruby Collins a été accusée de possession d'héroïne pour en faire le trafic. Au début de son procès devant le juge Wong de la Cour de comté, son avocat a demandé la tenue d'un *voir dire* en vertu de l'art. 24 de la *Charte* afin de déterminer si on devait admettre en preuve le fait que de l'héroïne avait été trouvée en sa possession. L'avocat a soutenu qu'il fallait écarter cet élément de preuve parce qu'il avait été obtenu d'une manière qui portait atteinte au droit de l'appelante à la protection contre les fouilles abusives et parce que, eu égard aux circonstances, l'utilisation de cet élément de preuve en l'espèce est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

À son interrogatoire principal, l'agent Woods a relaté les faits que j'ai déjà exposés. Au cours de son contre-interrogatoire, il a reconnu n'avoir rien observé qui le faisait soupçonner que l'appelante trafiquait des stupéfiants ou qu'elle en avait sur elle. Dans une tentative d'établir le fondement des soupçons de l'agent Woods, la poursuite l'a réinterrogé, mais voici ce qui s'est passé:

MR. WALLACE (appearing for the Crown):

Q Yes. Constable Woods, you said in answer to a question by Mr. Martin that the object, the sighting of the object in Ruby Collins' hand confirmed your suspicions? a

A That's correct.

Q Where—when did you formulate those suspicions?

A They were prior to arriving at Gibsons. We were advised— b

MR. MARTIN (appearing for the appellant):

That's hearsay, your honour. Anything what [*sic*] he was advised other than that is hearsay and that's certainly outside the ambit of my cross-examination, your honour. c

MR. WALLACE:

Q It was prior to your arrival in Gibsons?

A That's correct. d

MR. WALLACE: No further questions.

The Crown thus did not establish the basis for the constable's suspicion.

On this evidence, the trial judge made the following finding of fact:

Prior to this date, both accused were not personally known to Constables Rodine and Woods. There was no untoward behaviour on the part of either accused observed by the police during the surveillance, and both officers admit that they only had a suspicion that the accused were carrying heroin. f

He thus concluded that Constable Woods did not come within s. 10 of the *Narcotic Control Act* as this suspicion, because of its lack of footing, did not constitute a belief on reasonable grounds. He found the search unlawful and therefore unreasonable and in violation of the appellant's rights under s. 8 of the *Charter*. h

However, relying mainly on the undersigned's judgment in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, he ruled that the accused failed to satisfy him that the evidence should be excluded under s. 24(2). The evidence was admitted and she was found guilty. j

[TRANSDUCTION] M^e WALLACE (pour la poursuite):

Q Oui. Agent Woods, vous avez dit dans votre réponse à une question de M^e Martin que l'objet, que la vue de l'objet dans la main de Ruby Collins confirmait vos soupçons?

R C'est exact.

Q Où—Quand avez-vous formé ces soupçons?

R Avant d'arriver à Gibsons. On nous a informés—

M^e MARTIN (pour l'appelante):

C'est du ouï-dire, votre honneur. Toute autre chose dont on a pu l'informer constituée du ouï-dire et je n'ai certainement pas abordé ce sujet-là au cours du contre-interrogatoire.

M^e WALLACE:

Q C'était avant votre arrivée à Gibsons?

R C'est exact. d

M^e WALLACE: C'est tout.

La poursuite n'a donc pas établi le fondement des soupçons de l'agent de police.

Sur la foi de cette preuve, le juge du procès a tiré la conclusion de fait suivante: e

[TRANSDUCTION] Antérieurement à cette date, les agents Rodine et Woods ne connaissaient personnellement aucun des deux accusés. La conduite des accusés pendant qu'ils étaient surveillés par la police n'avait rien de répréhensible et les deux policiers reconnaissent qu'ils soupçonnaient seulement que les accusés avaient de l'héroïne sur eux. g

Le juge du procès a donc conclu que l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* ne s'appliquait pas dans le cas de l'agent Woods puisque ce soupçon, n'ayant pas de fondement, ne constituait pas une opinion fondée sur des motifs raisonnables. Selon lui, la fouille était illégale et, partant, abusive et portait en conséquence atteinte aux droits dont jouit l'appelante aux termes de l'art. 8 de la *Charte*. h

Toutefois, s'appuyant principalement sur les motifs de jugement que j'ai rédigés dans l'affaire *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, le juge du procès a conclu que l'accusée ne l'avait pas convaincu qu'il y avait lieu d'écarter l'élément de preuve en question en vertu du par. 24(2). Celui-ci a donc été admis et l'accusée déclarée coupable. j

The Court of Appeal

The British Columbia Court of Appeal unanimously dismissed her appeal: (1983), 5 C.C.C. (3d) 141.

Nemetz C.J.B.C. dealt first with the reasonableness of the search. Referring to this Court's decision in *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, he found that reasonable and probable grounds can be based on hearsay, and he stated at p. 144:

The judge, if pressed by Crown counsel, could have allowed the constable to state what, aside from his observation, caused his suspicions. However, he was not so pressed. Accordingly, we do not know what this officer had learned from others to arouse his suspicion. In my opinion, it was for the Crown to lay the groundwork to show what knowledge the police had. They failed to do so in direct examination and failed to pursue the point during the re-examination. Accordingly, it cannot now be said on what the constable's suspicion was based.

He then concluded on the first issue:

The judge found that on the evidence before him this was an unreasonable search. I cannot say that he erred on this point.

The Chief Justice also agreed with the trial judge that the evidence should not be excluded. He more or less followed the trial judge's reasoning and concluded at p. 146:

Without justifying the use of the throat hold as a general practice, I cannot say that the judge erred in the circumstances of this case.

Seaton J.A. doubted the correctness of the finding that the search was unreasonable, but he found the evidence in any event admissible. At the outset he stated, at p. 149:

Section 24(2) of the Charter has rejected extreme answers. No longer is all evidence admissible, regardless of the means by which it was obtained. Nor, on the other hand, is all improperly obtained evidence inadmissible. A middle ground has been chosen, but not the middle ground of discretion that has been chosen in many jurisdictions: see G.L. Peiris' "The Admissibility

La Cour d'appel

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté à l'unanimité l'appel formé par l'appelante: (1983), 5 C.C.C. (3d) 141.

^a Le juge en chef Nemetz de la Colombie-Britannique a examiné d'abord la question du caractère abusif de la fouille. En se référant à l'arrêt de cette Cour *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, il est arrivé à la conclusion que des motifs raisonnables et probables peuvent être fondés sur le oui-dire. À la page 144, il a dit ce qui suit:

^b [TRADUCTION] Si l'avocat de la poursuite avait insisté, le juge aurait pu permettre à l'agent de police de dire ce sur quoi, outre ses observations personnelles, reposaient ses soupçons. Il n'a toutefois pas insisté. Par conséquent, nous ignorons ce que ce policier avait pu apprendre d'autrui pour éveiller ses soupçons. À mon avis, il incombaît à la poursuite de faire le nécessaire pour montrer ce que la police savait. Elle ne l'a pas fait au cours de l'interrogatoire principal et, au réinterrogatoire, elle n'a pas insisté sur ce point. Cela étant, il est maintenant impossible de dire sur quoi se fondaient les soupçons de l'agent de police.

Puis, le juge en chef Nemetz a conclu sur la première question en litige:

^c [TRADUCTION] Le juge a conclu sur la foi de la preuve qu'il s'agissait en l'espèce d'une fouille abusive. Je ne peux pas dire qu'il a eu tort à cet égard.

^d Le Juge en chef a partagé également l'avis du juge du procès qu'il n'y avait pas lieu d'écarter l'élément de preuve en cause. Il a suivi grosso modo le raisonnement du juge du procès et, à la p. 146, est arrivé à cette conclusion:

^e [TRADUCTION] Sans justifier le recours à la prise à la gorge comme pratique générale, je ne puis affirmer que le juge a commis un erreur dans les circonstances de la présente affaire.

^f Le juge Seaton a douté du bien-fondé de la conclusion que la fouille était abusive, mais il a estimé que la preuve était de toute façon admissible. Il a dit dès le départ, à la p. 149:

^g [TRADUCTION] Le paragraphe 24(2) de la Charte a écarté les solutions extrêmes. Le temps est passé où tout élément de preuve pouvait être admis, peu importe le moyen par lequel il avait été obtenu. D'un autre côté, tous les éléments de preuve recueillis par des moyens irréguliers ne sont pas inadmissibles. On a choisi un moyen terme, mais non pas celui d'un pouvoir discrétionnaire.

of Evidence Obtained Illegally: A Comparative Analysis", 13 Ottawa L. Rev. 309 (1981). Where has our Charter placed the Canadian law?

He then reviewed the American case law in the field. Nemetz C.J.B.C. in his judgment has referred to this review as being "admirable". I cannot but agree and I am grateful to Seaton J.A. and unconditionally endorse his analysis of the American experience at pp. 151-54. Drawing on this experience he then made the following statements, with which I am in general agreement:

- It is not open to the courts in Canada to exclude evidence to discipline the police, but only to avoid having the administration of justice brought into disrepute.
- It is the admission, not the obtaining, that is the focus of the attention under our s. 24(2), though the manner of obtaining the evidence is obviously one of the circumstances.
- Evidence improperly obtained is *prima facie* admissible. The onus is on the person who wishes the evidence excluded to establish the further ingredient: that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.
- Section 24(2) does not confer a discretion on the judge but a duty to admit or exclude as a result of his finding.

He then upheld the trial judge's finding to admit the evidence.

In a short concurring judgment, Craig J.A. simply upheld the trial judge's ruling.

Jurisdiction

The trial judge's decision to exclude or not to exclude under s. 24(2) of the *Charter* is a question of law from which an appeal will generally lie (see *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, *per* Le Dain J.

tionnaire qui a été adopté dans bien des ressorts: voir G.L. Peiris «The Admissibility of Evidence Obtained Illegally: A Comparative Analysis», 13 Ottawa L. Rev. 309 (1981). Quel est l'état du droit canadien par suite de l'adoption de notre Charte?

Le juge Seaton a ensuite passé en revue la jurisprudence américaine dans le domaine. Le juge en chef Nemetz dans ses motifs de jugement a qualifié cette revue d'[TRADUCTION] «admirable». Je suis entièrement d'accord. J'approuve sans réserve son analyse de l'expérience américaine, aux pp. 151 à 154, et je l'en remercie. S'inspirant de cette expérience, le juge Seaton a fait les observations suivantes, auxquelles, d'une manière générale, je souscris:

- Il n'appartient pas aux tribunaux canadiens d'écarter des éléments de preuve en guise de mesure disciplinaire contre la police, mais seulement pour éviter que l'administration de la justice ne soit déconsidérée.
- Notre par. 24(2) vise l'utilisation des éléments de preuve et non pas leur obtention, bien que la manière dont ils sont obtenus puisse évidemment constituer l'une des circonstances pertinentes.
- Des éléments de preuve obtenus irrégulièrement sont *prima facie* admissibles. C'est à celui qui désire faire écarter un élément de preuve qu'il incombe d'établir l'existence de l'élément supplémentaire: savoir que l'utilisation de cet élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.
- Le paragraphe 24(2) ne confère pas au juge un pouvoir discrétionnaire, mais lui impose d'admettre ou d'écarter des éléments de preuve selon ce qu'il conclut.

Puis, le juge Seaton a approuvé la décision du juge du procès d'admettre l'élément de preuve en cause.

Dans un bref jugement concordant, le juge Craig a simplement confirmé la décision du juge du procès.

La compétence

La décision du juge du procès d'écarter ou non l'élément de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* est une question de droit sur laquelle on peut généralement faire appel (voir *R. c. Therens*,

at p. 653). However, where the trial judge's decision is based, for instance, on his assessment of the credibility of the witness, that assessment cannot be challenged by way of appeal (see *R. v. DeBot* (1986), 17 O.A.C. 141). The exclusion of the evidence in this case did not depend on any such assessment, and the Court of Appeal and this Court had jurisdiction to hear the appeals.

The Law

The appellant seeks the exclusion of evidence that she was in possession of heroin, alleging that the heroin was discovered pursuant to a search which was unreasonable under s. 8 of the *Charter*. This Court in *Therens, supra*, held that evidence cannot be excluded as a remedy under s. 24(1) of the *Charter*, but must meet the test of exclusion under s. 24(2). At first glance, the wording of s. 24 leads one to conclude that there are three prerequisites to the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter*:

- (1) that the applicant's rights or freedoms, as guaranteed by the *Charter*, have been infringed or denied,
- (2) that the evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by the *Charter*, and
- (3) that, having regard to all the circumstances, the admission of the evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

However, a closer scrutiny leaves me with some queries I do not think I should like to decide on the facts of this case and without the benefit of argument or the views of the courts below. There are at least two problems: must the rights or freedoms infringed or denied under the second prerequisite be those of the applicant, and must the applicant be the accused? For example, if the admission of evidence obtained as a result of the unreasonable search of a third party's home could bring the administration of justice into disrepute, could the accused (if, for example, his right to a fair hearing was thereby infringed) or the third party move

[1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain à la p. 653). Toutefois lorsque la décision du juge du procès est fondée, par exemple, sur son évaluation de la crédibilité d'un témoin, cette évaluation ne peut être contestée par un appel (voir *R. v. DeBot* (1986), 17 O.A.C. 141). L'exclusion de la preuve en l'espèce ne dépendait pas d'une telle évaluation et la Cour d'appel et cette Cour ont compétence pour entendre les appels.

Le droit

L'appelante demande que soit écartée la preuve établissant qu'elle avait en sa possession de l'héroïne parce que, prétend-elle, cette héroïne a été découverte grâce à une fouille qui était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Therens, précité*, cette Cour a décidé que l'on ne peut écarter la preuve à titre de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, mais qu'elle doit satisfaire au critère d'exclusion du par. 24(2). À première vue, on est porté à croire que l'art. 24 établit trois conditions pour que des éléments de preuve soient écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Ces conditions sont les suivantes:

- (1) il doit y avoir eu violation ou négation des droits ou libertés que la *Charte* garantit au requérant,
- (2) les éléments de preuve doivent avoir été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte*, et
- (3) eu égard aux circonstances, l'utilisation de ces éléments de preuve doit être susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Un examen plus attentif soulève toutefois des questions que je préfère ne pas trancher dans le contexte factuel de la présente affaire et sans avoir bénéficié de plaidoiries et de l'opinion des tribunaux d'instance inférieure. Au moins deux problèmes se présentent: les droits ou libertés violés ou niés au sens de la deuxième condition doivent-ils être ceux du requérant et celui-ci doit-il être l'accusé? Par exemple, si l'utilisation d'éléments de preuve obtenus grâce à une perquisition abusive effectuée chez un tiers risquait de déconsidérer l'administration de la justice, l'accusé (si, par exemple, cela portait atteinte à son droit à un

under s. 24(2) for the exclusion of the evidence? On the facts of this case, because the evidence was obtained as a result of an alleged violation of the applicant's rights and because the applicant is the accused, there are only two issues to be addressed:

- (1) was the search conducted by the police officer unreasonable?
- (2) if so, having regard to all the circumstances, would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute?

The Reasonableness of the Search

The appellant, in my view, bears the burden of persuading the court that her *Charter* rights or freedoms have been infringed or denied. That appears from the wording of s. 24(1) and (2), and most courts which have considered the issue have come to that conclusion (see *R. v. Lundrigan* (1985), 19 C.C.C. (3d) 499 (Man. C.A.), and the cases cited therein and Gibson, *The Law of the Charter: General Principles* (1986), p. 278). The appellant also bears the initial burden of presenting evidence. The standard of persuasion required is only the civil standard of the balance of probabilities and, because of this, the allocation of the burden of persuasion means only that, in a case where the evidence does not establish whether or not the appellant's rights were infringed, the court must conclude that they were not.

The courts have also developed certain presumptions. In particular, this Court held in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 161:

In *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950), the Supreme Court of the United States had held that a search without warrant was not *ipso facto* unreasonable. Seventeen years later, however, in *Katz*, Stewart J. concluded that a warrantless search was *prima facie* "unreasonable" under the Fourth Amendment. The terms of the Fourth Amendment are not identical to those of s. 8 and American decisions can be transplanted to the Canadian context only with the greatest caution. Nevertheless, I would in the present instance respectful-

procès équitable) ou le tiers pourraient-ils demander que les éléments de preuve soient écartés en vertu du par. 24(2)? En l'espèce, puisqu'on prétend que la preuve a été obtenue par suite d'une violation des droits de la requérante et que cette dernière est l'accusée, il n'y a que deux questions qui se posent:

- (1) la fouille pratiquée par l'agent de police était-elle abusive?
- (2) dans l'affirmative, eu égard aux circonstances, l'utilisation de l'élément de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

Le caractère abusif de la fouille

Selon moi, l'appelante a la charge de persuader la cour de la violation ou de la négation des droits ou libertés que lui confère la *Charte*. C'est ce qui ressort du texte des par. 24(1) et (2). Telle est aussi la conclusion à laquelle sont arrivés la plupart des tribunaux qui se sont penchés sur la question (voir *R. v. Lundrigan* (1985), 19 C.C.C. (3d) 499 (C.A. Man.) et la jurisprudence qu'on y cite, ainsi que Gibson, *The Law of the Charter: General Principles* (1986), à la p. 278). C'est également à l'appelante qu'incombe la charge initiale de présenter une preuve. La norme de persuasion à laquelle il faut satisfaire n'est que celle applicable en matière civile, c'est-à-dire la prépondérance des probabilités et, pour cette raison, l'attribution de la charge de persuasion signifie simplement que, dans un cas où la preuve n'établit pas s'il y a eu violation des droits de l'appelant, la cour doit conclure qu'il n'y en a pas eu.

Les tribunaux ont en outre créé certaines présomptions. En particulier, cette Cour a conclu dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 161:

Dans l'arrêt *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950), la Cour suprême des États-Unis avait jugé qu'une perquisition sans mandat n'était pas *ipso facto* abusive. Mais dix-sept ans plus tard, le juge Stewart a conclu dans l'arrêt *Katz* qu'une perquisition sans mandat était à première vue «abusive» en vertu du Quatrième amendement. Les termes de ce Quatrième amendement diffèrent de ceux de l'art. 8 et on ne peut transposer les décisions américaines dans le contexte canadien qu'avec énormément de prudence. Avec

ly adopt Stewart J.'s formulation as equally applicable to the concept of "unreasonableness" under s. 8, and would require the party seeking to justify a warrantless search to rebut this presumption of unreasonableness.

This shifts the burden of persuasion from the appellant to the Crown. As a result, once the appellant has demonstrated that the search was a warrantless one, the Crown has the burden of showing that the search was, on a balance of probabilities, reasonable.

A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable. In this case, the Crown argued that the search was carried out under s. 10(1) of the *Narcotic Control Act*, *supra*. As the appellant has not challenged the constitutionality of s. 10(1) of the Act, the issues that remain to be decided here are whether the search was unreasonable because the officer did not come within s. 10 of the Act, or whether, while being within s. 10, he carried out the search in a manner that made the search unreasonable.

For the search to be lawful under s. 10, the Crown must establish that the officer believed on reasonable grounds that there was a narcotic in the place where the person searched was found. The nature of the belief will also determine whether the manner in which the search was carried out was reasonable. For example, if a police officer is told by a reliable source that there are persons in possession of drugs in a certain place, the officer may, depending on the circumstances and the nature and precision of the information given by that source, search persons found in that place under s. 10, but surely, without very specific information, a seizure by the throat, as in this case, would be unreasonable. Of course, if he is lawfully searching a person whom he believes on reasonable grounds to be a "drug handler", then the "throat hold" would not be unreasonable.

égards, néanmoins, je suis d'avis d'adopter en l'espèce la formulation du juge Stewart qui s'applique pareillement au concept du «caractère abusif» que l'on trouve à l'art. 8, et j'estime que la partie qui veut justifier une perquisition sans mandat doit réfuter cette présomption du caractère abusif.

Donc, la charge de persuasion passe de l'appellant à la poursuite. Par conséquent, du moment que l'appellant démontre qu'il s'agissait d'une fouille sans mandat, il incombe à la poursuite de prouver que, selon la prépondérance des probabilités, cette fouille n'était pas abusive.

Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. En l'espèce, la poursuite a soutenu qu'il s'agissait d'une fouille pratiquée en vertu du par. 10(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, précitée. Comme l'appelante n'a pas contesté la constitutionnalité du par. 10(1) de la Loi, les questions qui restent à trancher sont de savoir si la fouille était abusive parce que le policier ne remplissait pas les conditions de l'art. 10 de la Loi ou si, quoique remplissant ces conditions, il a pratiqué la fouille d'une manière qui la rendait abusive.

Pour que la fouille soit légale en vertu de l'art. 10, la poursuite doit prouver que le policier avait des motifs raisonnables de croire qu'il y avait un stupéfiant dans l'endroit où se trouvait la personne qui a été fouillée. La nature de cette croyance déterminera également si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. Par exemple, si un policier apprend d'une source sûre que certaines personnes dans un certain endroit ont en leur possession des stupéfiants, il peut, suivant les circonstances et la nature et la précision des renseignements provenant de cette source, fouiller les personnes se trouvant dans l'endroit en question en vertu de l'art. 10, mais il est certain que, en l'absence de renseignements bien précis, il serait abusif de saisir quelqu'un à la gorge comme on l'a fait en l'espèce. Bien entendu, s'il procède légalement à la fouille d'une personne au sujet de laquelle il a des motifs raisonnables de croire qu'elle trafique de la drogue, alors la «prise à la gorge» ne sera pas abusive.

Because of the presumption of unreasonableness, the Crown in this case had to present evidence of the officer's belief and the reasonable grounds for that belief. It may be surmised that there were reasonable grounds based on information received from the local police. However, the Crown failed to establish such reasonable grounds in the examination-in-chief of Constable Woods, and, as set out earlier, when it attempted to do so on its re-examination, the appellant's counsel objected. As a result, the Crown never did establish the constable's reasonable grounds. Without such evidence, it is clear that the trial judge was correct in concluding that the search was unreasonable because unlawful and carried out with unnecessary violence.

However, the problem is that the objection raised by the appellant's counsel was groundless: this Court has held that reasonable grounds can be based on information received from third parties without infringing the hearsay rule (*Eccles v. Bourque, supra*), and the question put to the constable in this case was not outside the ambit of the ground covered in cross-examination. A further problem is that the record does not disclose why the question was not answered: it is not clear whether the trial judge maintained the objection or whether the Crown had reacted to the objection by withdrawing the question. It is worthy of mention that, because a conviction was entered, the Crown could not in any event appeal against the decision.

This Court has two options. We could resolve the doubt against the Crown, which had the burden of persuasion, and simply proceed on the basis that there was no such evidence. Alternatively, we could order a new trial. I would order a new trial on the basis that the trial judge either made an incorrect ruling or failed to make a ruling, and, in any event, the appellant should not, in the particular circumstances of this case, be allowed to benefit from her counsel's unfounded objection.

En raison de la présomption du caractère abusif, la poursuite était tenue en l'espèce de produire une preuve de la croyance du policier et les motifs raisonnables de cette croyance. Il est possible de croire qu'il y avait des motifs raisonnables fondés sur des renseignements fournis par la police locale. La poursuite n'a toutefois pas établi l'existence de ces motifs raisonnables au cours de l'interrogatoire principal de l'agent Woods et, comme nous l'avons déjà vu, quand elle a tenté de le faire à l'étape du réinterrogatoire, l'avocat de l'appelante s'y est opposé. Par conséquent, la poursuite n'a jamais établi en quoi consistaient les motifs raisonnables de l'agent de police. Or, à défaut de cette preuve, il est clair que le juge du procès a eu raison de conclure que la fouille était abusive parce qu'elle était illégale et avait été effectuée avec une violence inutile.

Le problème, cependant, est que l'objection de l'avocat de l'appelante était sans fondement: en effet, cette Cour a jugé que des motifs raisonnables peuvent, sans qu'il n'y ait infraction à la règle du oui-dire, reposer sur des renseignements obtenus de tiers (*Eccles c. Bourque, précité*), et la question posée à l'agent de police en l'espèce ne sortait pas du champ des questions examinées en contre-interrogatoire. Il y a un autre problème en ce sens que le dossier ne révèle pas la raison pour laquelle on n'a pas répondu à la question: on ne voit pas clairement si c'est le juge du procès qui a accueilli l'objection ou si c'est la poursuite qui y a réagi en retirant la question. Il est intéressant de mentionner que, vu la déclaration de culpabilité, la poursuite ne pouvait de toute façon plus interjeter appel de la décision.

Deux options s'offrent à cette Cour. Nous pourrions refuser de donner le bénéfice du doute à la poursuite, à qui incombait la charge de persuasion, et simplement procéder comme si la preuve requise n'existait pas ou, encore, nous pourrions ordonner la tenue d'un nouveau procès. Je suis d'avis d'ordonner un nouveau procès parce que le juge du procès a rendu une décision erronée ou n'a pas rendu de décision et parce que, en tout état de cause, il ne devrait pas être permis à l'appelante, dans les circonstances particulières de la présente affaire, de profiter de l'objection sans fondement soulevée par son avocat.

However, before ordering a new trial, we must decide whether we agree with the trial judge and the Court of Appeal that the evidence of the heroin would be admissible regardless of the constable's grounds for the search, for there then would be no point in a new trial and we should dismiss the appeal. As a result, I must determine whether I would exclude the evidence under s. 24(2) on the assumption that Constable Woods testifies that he had not received any further information, thereby leaving matters in that regard as they stand at present on the record.

Bringing the Administration of Justice into Disrepute

On the record as it now stands, the appellant has established that the search was unreasonable and violated her rights under s. 8 of the *Charter*. As Seaton J.A. pointed out in the Court of Appeal, s. 24(2) has adopted an intermediate position with respect to the exclusion of evidence obtained in violation of the *Charter*. It rejected the American rule excluding all evidence obtained in violation of the Bill of Rights and the common law rule that all relevant evidence was admissible regardless of the means by which it was obtained. Section 24(2) requires the exclusion of the evidence "if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute".

At the outset, it should be noted that the use of the phrase "if it is established that" places the burden of persuasion on the applicant, for it is the position which he maintains which must be established. Again, the standard of persuasion required can only be the civil standard of the balance of probabilities. Thus, the applicant must make it more probable than not that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

It is whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute that is the applicable test. Misconduct by the police in the investigatory process often has

Toutefois, avant d'ordonner un nouveau procès, nous devons décider si nous partageons l'avis du juge du procès et de la Cour d'appel que l'héroïne constitue un élément de preuve qui serait admissible indépendamment des motifs de la fouille pratiquée par le policier, car un nouveau procès serait alors sans objet et il faudrait rejeter le pourvoi. Par conséquent, je dois déterminer si j'écarterais les éléments de preuve en question en vertu du par. 24(2), en présumant que l'agent Woods témoignerait qu'il n'avait pas reçu d'autres renseignements, de sorte que la situation à cet égard resterait telle qu'elle est à présent d'après le dossier.

La déconsidération de l'administration de la justice

Selon le dossier actuel, l'appelante a établi que la fouille était abusive et portait atteinte aux droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*. Comme l'a souligné le juge Seaton en Cour d'appel, le par. 24(2) adopte un moyen terme à l'égard de l'exclusion de la preuve obtenue en violation de la *Charte*. Il rejette la règle américaine qui écarte tout élément de preuve obtenu en violation du *Bill of Rights* et la règle de *common law* voulant que toute preuve pertinente soit admissible peu importe la façon dont elle a pu être obtenue. Le paragraphe 24(2) exige l'exclusion des éléments de preuve «s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

Dès le départ, il convient de noter que l'emploi de l'expression «s'il est établi . . . que» impose au requérant la charge de persuasion, car ce qui doit être établi, c'est le bien-fondé de sa position. Là encore, la norme de persuasion à laquelle il faut satisfaire ne peut être que la norme civile de la prépondérance des probabilités. Le requérant doit donc rendre plus probable l'hypothèse que l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que l'hypothèse contraire.

C'est la question de savoir si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice qui constitue le critère applicable. La conduite inacceptable de la

some effect on the repute of the administration of justice, but s. 24(2) is not a remedy for police misconduct, requiring the exclusion of the evidence if, because of this misconduct, the administration of justice was brought into disrepute. Section 24(2) could well have been drafted in that way, but it was not. Rather, the drafters of the *Charter* decided to focus on the admission of the evidence in the proceedings, and the purpose of s. 24(2) is to prevent having the administration of justice brought into further disrepute by the admission of the evidence in the proceedings. This further disrepute will result from the admission of evidence that would deprive the accused of a fair hearing, or from judicial condonation of unacceptable conduct by the investigatory and prosecutorial agencies. It will also be necessary to consider any disrepute that may result from the exclusion of the evidence. It would be inconsistent with the purpose of s. 24(2) to exclude evidence if its exclusion would bring the administration of justice into greater disrepute than would its admission. Finally, it must be emphasized that even though the inquiry under s. 24(2) will necessarily focus on the specific prosecution, it is the long-term consequences of regular admission or exclusion of this type of evidence on the repute of the administration of justice which must be considered (see on this point Gibson, *supra*, p. 245).

The concept of disrepute necessarily involves some element of community views, and the determination of disrepute thus requires the judge to refer to what he conceives to be the views of the community at large. This does not mean that evidence of the public's perception of the repute of the administration of justice, which Professor Gibson suggested could be presented in the form of public opinion polls (*supra*, pp. 236-47), will be determinative of the issue (see *Therens, supra*, pp. 653-54). The position is different with respect to obscenity, for example, where the court must assess the level of tolerance of the community, whether or not it is reasonable, and may consider public opinion polls (*R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251 (Man. C.A.), at p. 266, cited in *Towne Cinema Theatres*

police au cours de l'enquête a souvent un effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice, mais le par. 24(2) n'offre pas une réparation à l'égard de la conduite inacceptable de la police en imposant l'exclusion de la preuve si, à cause de cette conduite, l'administration de la justice était déconsidérée. Le paragraphe 24(2) aurait pu être rédigé en ces termes, mais ce n'est pas le cas. Les rédacteurs de la *Charte* ont par contre décidé de s'attaquer à l'utilisation de la preuve dans l'instance et le but du par. 24(2) est d'empêcher que cette utilisation ne déconsidère encore plus l'administration de la justice. Cette déconsidération additionnelle découlera de l'utilisation des éléments de preuve qui priveraient l'accusé d'un procès équitable ou de l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de la poursuite. Il faudra également tenir compte de la déconsidération qui peut provenir de l'exclusion des éléments de preuve. Il serait incompatible avec l'objectif du par. 24(2) d'écarter des éléments de preuve si leur exclusion déconsidère plus l'administration de la justice que ne le ferait leur utilisation. Enfin, il faut souligner que même si l'analyse en vertu du par. 24(2) sera nécessairement axée sur le cas particulier, il faut considérer les conséquences à long terme de l'utilisation ou de l'exclusion régulière de ce genre de preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice (voir sur ce point Gibson, précité, à la p. 245).

La notion de déconsidération inclut nécessairement un certain élément d'opinion publique et la détermination de la déconsidération exige donc que le juge se réfère à ce qu'il estime être l'opinion de la société en général. Ceci ne veut pas dire que la preuve de la perception du public à l'égard de la considération dont jouit l'administration de la justice, qui, de l'avis du professeur Gibson, pourrait être produite sous forme de sondages d'opinion (précité, aux pp. 236 à 247), sera déterminante sur cette question (voir *Therens*, précité, aux pp. 653 et 654). La position est différente en matière d'obscénité par exemple, où le tribunal doit évaluer le degré de tolérance de la société, son caractère raisonnable et peut considérer les sondages d'opinion (*R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251 (C.A. Man.), à

Ltd. v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 494, at p. 513). It would be unwise, in my respectful view, to adopt a similar attitude with respect to the *Charter*. Members of the public generally become conscious of the importance of protecting the rights and freedoms of accused only when they are in some way brought closer to the system either personally or through the experience of friends or family. Professor Gibson recognized the danger of leaving the exclusion of evidence to uninformed members of the public when he stated at p. 246:

The ultimate determination must be with the courts, because they provide what is often the only effective shelter for individuals and unpopular minorities from the shifting winds of public passion.

The *Charter* is designed to protect the accused from the majority, so the enforcement of the *Charter* must not be left to that majority.

The approach I adopt may be put figuratively in terms of the reasonable person test proposed by Professor Yves-Marie Morissette in his article "The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do" (1984), 29 *McGill L.J.* 521, at p. 538. In applying s. 24(2), he suggested that the relevant question is: "Would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable man, dispassionate and fully apprised of the circumstances of the case?" The reasonable person is usually the average person in the community, but only when that community's current mood is reasonable.

The decision is thus not left to the untrammelled discretion of the judge. In practice, as Professor Morissette wrote, the reasonable person test is there to require of judges that they "concentrate on what they do best: finding within themselves, with cautiousness and impartiality, a basis for their own decisions, articulating their reasons carefully and accepting review by a higher court where it occurs." It serves as a reminder to each individu-

la p. 266, cité dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, à la p. 513). Il serait peu sage, à mon humble avis, d'adopter une attitude semblable à l'égard de la *a Charle*. En règle générale, les membres du public ne deviennent conscients de l'importance de la protection des droits et libertés des accusés que lorsqu'ils sont eux-mêmes de quelque manière mis en contact plus intime avec le système, soit personnellement, soit par l'expérience de leurs proches ou d'amis. Le professeur Gibson a reconnu le danger qui peut se présenter si l'on permet à des membres du public mal informés de décider de l'exclusion d'éléments de preuve, lorsqu'il dit, à la p. 246:

[TRADUCTION] La détermination finale doit relever des tribunaux, parce qu'ils constituent souvent la seule protection efficace des minorités impopulaires et des individus contre les revirements de la passion publique.

d La *Charte* vise à protéger l'accusé contre la majorité, donc la mise en application de la *Charte* ne doit pas être laissée à cette majorité.

La démarche que j'adopte peut s'exprimer de façon figurative par le critère de la personne raisonnable proposé par le professeur Yves-Marie Morissette dans son article «The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do» (1984), 29 *R. de d. McGill* 521, à la p. 538. En appliquant le par. 24(2), il propose que la question à se poser soit la suivante: [TRADUCTION] «L'utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de l'homme raisonnable, objectif et bien informé de toutes les circonstances de l'affaire?» La personne raisonnable est habituellement la personne moyenne dans la société, mais uniquement lorsque l'humeur courante de la société est raisonnable.

La décision n'est donc pas laissée à la discrétion illimitée du juge. En pratique, comme le professeur Morissette l'a écrit, le critère de la personne raisonnable est là pour obliger les juges à [TRADUCTION] «se concentrer sur ce qu'ils font le mieux: trouver au fond d'eux-mêmes, avec prudence et impartialité, un fondement pour leurs propres décisions, en formulant leurs motifs avec soin et en acceptant le contrôle d'un tribunal d'instance supé-

al judge that his discretion is grounded in community values, and, in particular, long term community values. He should not render a decision that would be unacceptable to the community when that community is not being wrought with passion or otherwise under passing stress due to current events. In effect, the judge will have met this test if the judges of the Court of Appeal will decline to interfere with his decision, even though they might have decided the matter differently, using the well-known statement that they are of the view that the decision was not unreasonable.

In determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute, the judge is directed by s. 24(2) to consider "all the circumstances". The factors which are to be considered and balanced have been listed by many courts in the country (see in particular Anderson J.A. in *R. v. Cohen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 156 (B.C.C.A.); Howland C.J.O. in *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.); Philp J.A. in *R. v. Pohoretsky* (1985), 18 C.C.C. (3d) 104 (Man. C.A.); MacDonald J. in *R. v. Dymont* (1986), 25 C.C.C. (3d) 120 (P.E.I. App. Div.), and Lambert J.A. in *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151 (B.C.C.A.)), and by Seaton J.A. in this case. The factors that the courts have most frequently considered include:

- what kind of evidence was obtained?
- what *Charter* right was infringed?
- was the *Charter* violation serious or was it of a merely technical nature?
- was it deliberate, wilful or flagrant, or was it inadvertent or committed in good faith?
- did it occur in circumstances of urgency or necessity?
- were there other investigatory techniques available?
- would the evidence have been obtained in any event?
- is the offence serious?

rieure le cas échéant.» Cela sert à rappeler à chaque juge que son pouvoir discrétionnaire est enraciné dans les valeurs de la société et, en particulier, ses valeurs à long terme. Il ne doit pas rendre une décision que la société considérerait inacceptable lorsque celle-ci n'est pas déchirée par la passion ou autrement tirillée par des événements présents. En effet, le juge aura satisfait à ce critère si les juges d'appel refusent de s'ingérer dans sa décision en utilisant la déclaration bien connue qu'ils sont d'avis que cette décision n'est pas déraisonnable, même s'il se peut qu'ils aient tranché la question différemment.

^c Le paragraphe 24(2) enjoint au juge qui détermine si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, de tenir compte de «toutes les circonstances». De nombreux tribunaux canadiens ont énuméré les facteurs à prendre en considération et à évaluer (voir en particulier ce que dit le juge Anderson dans l'arrêt *R. v. Cohen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 156 (C.A.C.-B.); le juge en chef Howland dans l'arrêt *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.); le juge Philp dans l'arrêt *R. v. Pohoretsky* (1985), 18 C.C.C. (3d) 104 (C.A. Man.); le juge MacDonald dans l'arrêt *R. v. Dymont* (1986), 25 C.C.C. (3d) 120 (C.A.Î.-P.-É.) et le juge Lambert dans l'arrêt *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151 (C.A.C.-B.)); et le juge Seaton en l'espèce. Les facteurs les plus souvent retenus par les tribunaux sont les suivants:

- ^g - quel genre d'éléments de preuve a été obtenu?
- quel droit conféré par la *Charte* a été violé?
- la violation de la *Charte* était-elle grave ou s'agissait-il d'une simple irrégularité?
- ^h - la violation était-elle intentionnelle, volontaire ou flagrante, ou a-t-elle été commise par inadvertance ou de bonne foi?
- la violation a-t-elle eu lieu dans une situation d'urgence ou de nécessité?
- ⁱ - aurait-on pu avoir recours à d'autres méthodes d'enquête?
- les éléments de preuve auraient-ils été obtenus en tout état de cause?
- ^j - s'agit-il d'une infraction grave?

- is the evidence essential to substantiate the charge?
- are other remedies available?

I do not wish to be seen as approving this as an exhaustive list of the relevant factors, and I would like to make some general comments as regards these factors.

As a matter of personal preference, I find it useful to group the factors according to the way in which they affect the repute of the administration of justice. Certain of the factors listed are relevant in determining the effect of the admission of the evidence on the fairness of the trial. The trial is a key part of the administration of justice, and the fairness of Canadian trials is a major source of the repute of the system and is now a right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. If the admission of the evidence in some way affects the fairness of the trial, then the admission of the evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute and, subject to a consideration of the other factors, the evidence generally should be excluded.

It is clear to me that the factors relevant to this determination will include the nature of the evidence obtained as a result of the violation and the nature of the right violated and not so much the manner in which the right was violated. Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone. The real evidence existed irrespective of the violation of the *Charter* and its use does not render the trial unfair. However, the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination. Such evidence will generally arise in the context of an infringement of the right to counsel. Our decisions in *Therens, supra*, and *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, are illustrative of this. The use of self-incriminating evidence obtained following a denial of the right to counsel will generally go to

- les éléments de preuve recueillis sont-ils essentiels pour fonder l'accusation?
- existe-t-il d'autres recours?

Il faut se garder de conclure que je considère que cette liste constitue une énumération exhaustive des facteurs pertinents et je vais faire quelques commentaires généraux à leur égard.

Je préfère personnellement regrouper les facteurs selon leur effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Certains facteurs énumérés sont pertinents quand on détermine l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès. Le procès joue un rôle clé dans l'administration de la justice et l'équité des procès au Canada est une source majeure de la considération dont jouit le système et constitue actuellement un droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte*. Si l'utilisation de la preuve portait atteinte de quelque façon à l'équité du procès, alors celle-ci tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et, sous réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée.

Selon moi, il est clair que les facteurs pertinents à l'égard de cette détermination comprennent la nature de la preuve obtenue par suite de la violation et la nature du droit violé, plutôt que la façon dont ce droit a été violé. Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice. La preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la *Charte* et son utilisation ne rend pas le procès inéquitable. Il en est toutefois bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même. Ce genre de preuve se trouvera généralement dans le contexte d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat. C'est ce qu'illustrent nos arrêts *Therens*, précité, et *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383. L'utilisation d'une preuve auto-incriminante obtenue

the very fairness of the trial and should generally be excluded. Several Courts of Appeal have also emphasized this distinction between pre-existing real evidence and self-incriminatory evidence created following a breach of the *Charter* (see *R. v. Dumas* (1985), 23 C.C.C. (3d) 366 (Alta. C.A.), *R. v. Strachan* (1986), 24 C.C.C. (3d) 205 (B.C.C.A.), and *R. v. Dairy Supplies Ltd.* (Man. C.A., January 13, 1987, unreported)). It may also be relevant, in certain circumstances, that the evidence would have been obtained in any event without the violation of the *Charter*.

There are other factors which are relevant to the seriousness of the *Charter* violation and thus to the disrepute that will result from judicial acceptance of evidence obtained through that violation. As Le Dain J. wrote in *Therens, supra*, at p. 652:

The relative seriousness of the constitutional violation has been assessed in the light of whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant. Another relevant consideration is whether the action which constituted the constitutional violation was motivated by urgency or necessity to prevent the loss or destruction of the evidence.

I should add that the availability of other investigatory techniques and the fact that the evidence could have been obtained without the violation of the *Charter* tend to render the *Charter* violation more serious. We are considering the actual conduct of the authorities and the evidence must not be admitted on the basis that they could have proceeded otherwise and obtained the evidence properly. In fact, their failure to proceed properly when that option was open to them tends to indicate a blatant disregard for the *Charter*, which is a factor supporting the exclusion of the evidence.

The final relevant group of factors consists of those that relate to the effect of excluding the evidence. The question under s. 24(2) is whether the system's repute will be better served by the admission or the exclusion of the evidence, and it is

dans le contexte de la négation du droit à l'assistance d'un avocat compromettra généralement le caractère équitable du procès même et elle doit en général être écartée. Plusieurs cours d'appel ont également souligné cette distinction entre des éléments de preuve réels pré-existants et les éléments de preuve auto-incriminants découlant d'une violation de la *Charte* (voir *R. v. Dumas* (1985), 23 C.C.C. (3d) 366 (C.A. Alb.), *R. v. Strachan* (1986), 24 C.C.C. (3d) 205 (C.A.C.-B.) et *R. v. Dairy Supplies Ltd.* (C.A. Man., 13 janvier 1987, inédit)). Dans certaines circonstances, il peut également être pertinent de savoir que les éléments de preuve auraient été obtenus de toute façon sans violation de la *Charte*.

D'autres facteurs touchent à la gravité de la violation de la *Charte* et donc à la déconsidération qu'entraînera l'acceptation par les juges d'éléments de preuve obtenus de cette façon. Comme le juge Le Dain l'a écrit dans l'arrêt *Therens*, précité, à la p. 652:

La gravité relative d'une violation de la Constitution a été évaluée en fonction de la question de savoir si elle a été commise de bonne foi ou par inadvertance ou si elle est de pure forme, ou encore s'il s'agit d'une violation délibérée, volontaire ou flagrante. Un autre facteur pertinent consiste à déterminer si cette violation a été motivée par l'urgence de la situation ou par la nécessité d'empêcher la perte ou la destruction de la preuve.

Je dois ajouter que l'existence d'autres méthodes d'enquête et le fait que la preuve aurait pu être obtenue sans violation de la *Charte* tendent à aggraver les violations de la *Charte*. Nous examinons la conduite réelle des autorités et les éléments de preuve ne doivent pas être admis pour le motif que les autorités auraient pu procéder autrement et ainsi obtenir la preuve de façon régulière. D'ailleurs le fait de ne pas avoir procédé régulièrement lorsque cette possibilité leur était offerte tend à démontrer un mépris flagrant de la *Charte*, ce qui est un facteur en faveur de l'exclusion de la preuve.

Le dernier groupe pertinent de facteurs comprend ceux qui se rapportent à l'effet de l'exclusion de la preuve. La question qui se pose en vertu du par. 24(2) est de savoir si la considération dont jouit le système sera mieux servie par l'admission

thus necessary to consider any disrepute that may result from the exclusion of the evidence. In my view, the administration of justice would be brought into disrepute by the exclusion of evidence essential to substantiate the charge, and thus the acquittal of the accused, because of a trivial breach of the *Charter*. Such disrepute would be greater if the offence was more serious. I would thus agree with Professor Morissette that evidence is more likely to be excluded if the offence is less serious (*supra*, pp. 529-31). I hasten to add, however, that if the admission of the evidence would result in an unfair trial, the seriousness of the offence could not render that evidence admissible. If any relevance is to be given to the seriousness of the offence in the context of the fairness of the trial, it operates in the opposite sense: the more serious the offence, the more damaging to the system's reputation would be an unfair trial.

Finally, a factor which, in my view, is irrelevant is the availability of other remedies. Once it has been decided that the administration of justice would be brought into disrepute by the admission of the evidence, the disrepute will not be lessened by the existence of some ancillary remedy (see Gibson, *supra*, at p. 261).

I would agree with Howland C.J.O. in *Simmons*, *supra*, that we should not gloss over the words of s. 24(2) or attempt to substitute any other test for s. 24(2). At least at this early stage of the *Charter's* development, the guidelines set out are sufficient and the actual decision to admit or exclude is as important as the statement of any test. Indeed, the test will only take on concrete meaning through our disposition of cases. However, I should at this point add some comparative comment as regards the test I enunciated in *Rothman*, *supra*, a pre-*Charter* confession case dealing with the resort to "tricks", which was coined in the profession as the "community shock test". That test has been applied to s. 24(2) by many courts, including the lower courts in this case. I still am of the view that the resort to tricks that are not in the least unlawful let alone in violation of the *Charter* to obtain a statement should not result in the

ou par l'exclusion de la preuve et il devient donc nécessaire d'examiner la déconsidération qui peut découler de l'exclusion de la preuve. À mon avis, l'administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, et donc l'acquiescement de l'accusé, à cause d'une violation anodine de la *Charte*. Pareille déconsidération serait d'autant plus grande que l'infraction serait plus grave. Je suis donc d'accord avec le professeur Morissette pour dire que l'exclusion est plus probable si l'infraction est moins grave (précité, aux pp. 529 à 531). Je m'empresse d'ajouter toutefois que, si l'utilisation de la preuve entraîne un procès inéquitable, la gravité de l'infraction ne peut rendre cette preuve admissible. Si la gravité de l'infraction doit avoir une importance dans le contexte de l'équité du procès, elle joue dans le sens contraire: plus l'infraction est grave, plus un procès inéquitable nuit à la considération dont jouit le système.

Enfin, un facteur qui, selon moi, n'entre pas en ligne de compte est l'existence d'autres recours. Du moment qu'on décide que l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, ce n'est pas l'existence d'un recours accessoire qui va diminuer la déconsidération (voir Gibson, précité, à la p. 261).

Je suis d'accord avec ce qu'a dit le juge en chef Howland dans l'arrêt *Simmons*, précité, savoir qu'il ne faut pas atténuer l'effet du texte du par. 24(2) ni tenter de substituer un autre critère à celui énoncé au par. 24(2). Du moins à ce stade initial du développement de la *Charte*, les lignes directrices énoncées sont suffisantes et la décision effective d'utiliser ou d'écarter la preuve est aussi importante que l'énoncé d'un critère. D'ailleurs le critère ne prendra son sens réel qu'au fur et à mesure du prononcé de nos arrêts. Toutefois, pour l'instant, je dois faire quelques comparaisons avec le critère que j'ai formulé dans l'arrêt *Rothman*, précité, une affaire antérieure à la *Charte*, où il s'agissait d'une confession obtenue par le recours à des «artifices», ce que les milieux juridiques ont appelé le «critère de la conduite qui choque la collectivité». Ce critère a été appliqué au par. 24(2) par de nombreux tribunaux, dont les tribu-

exclusion of a free and voluntary statement unless the trick resorted to is a dirty trick, one that shocks the community. That is a very high threshold, higher, in my view, than that to be attained to bring the administration of justice into disrepute in the context of a violation of the *Charter*.

There are two reasons why the threshold for exclusion under s. 24(2) is lower. The first, an obvious one, is that, under s. 24(2), there will have been a violation of the most important law in the land, as opposed to the absence of any unlawful behaviour as a result of the resort to tricks in *Rothman*.

The second reason is based on the language of s. 24(2). Indeed, while both the English text of s. 24(2) and *Rothman* use the words “would bring the administration of justice into disrepute”, the French versions are very different. The French text of s. 24(2) provides “*est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice*”, which I would translate as “could bring the administration of justice into disrepute”. This is supportive of a somewhat lower threshold than the English text. As Dickson J. (as he then was) wrote in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 157:

Since the proper approach to the interpretation of the *Charter of Rights and Freedoms* is a purposive one, before it is possible to assess the reasonableness or unreasonableness of the impact of a search or of a statute authorizing a search, it is first necessary to specify the purpose underlying s. 8: in other words, to delineate the nature of the interests it is meant to protect.

As one of the purposes of s. 24(2) is to protect the right to a fair trial, I would favour the interpretation of s. 24(2) which better protects that right, the less onerous French text. Most courts which have considered the issue have also come to this

naux d’instance inférieure en l’espèce. Je suis toujours d’avis que l’usage d’artifices qui ne sont pas du tout illégaux et qui ne constituent aucunement une violation de la *Charte* pour obtenir une déclaration, ne devrait pas entraîner l’exclusion d’une déclaration faite librement et volontairement, à moins que l’artifice employé ne soit répréhensible et choque la collectivité. Il s’agit là d’un seuil très élevé, plus élevé, selon moi, que celui qui doit être franchi pour que l’administration de la justice soit déconsidérée dans le contexte d’une violation de la *Charte*.

Il y a deux raisons pour lesquelles le seuil d’exclusion en vertu du par. 24(2) est fixé plus bas. La première, qui est évidente, est que, dans le cas du par. 24(2), il y aura eu violation de la règle de droit la plus importante du pays, par opposition à l’absence de conduite illégale découlant du recours à des artifices dans l’affaire *Rothman*.

La seconde raison repose sur les termes du par. 24(2). De fait, bien que le texte anglais du par. 24(2) et l’arrêt *Rothman* emploient tous les deux l’expression «*would bring the administration of justice into disrepute*», les versions françaises sont bien différentes. En effet, on trouve dans le texte français du par. 24(2) l’expression «*est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice*», ce qui, selon moi, équivaut à «*pourrait déconsidérer l’administration de la justice*». Cela établit donc un seuil un peu plus bas que celui fixé par le texte anglais. Comme le juge Dickson (maintenant Juge en chef) l’a écrit dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 157:

Puisque la façon appropriée d’aborder l’interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* est de considérer le but qu’elle vise, il est d’abord nécessaire de préciser le but fondamental de l’art. 8 pour pouvoir évaluer le caractère raisonnable ou abusif de l’effet d’une fouille ou d’une perquisition ou d’une loi autorisant une fouille ou une perquisition: en d’autres termes, il faut d’abord délimiter la nature des droits qu’il vise à protéger.

Comme l’un des buts du par. 24(2) est de protéger le droit à un procès équitable, je préfère l’interprétation du par. 24(2) la mieux à même de protéger ce droit, c’est-à-dire celle qui se dégage du texte français qui est moins exigeant. Telle a également

conclusion (see Gibson, *supra*, at pp. 63 and 234-35). Section 24(2) should thus be read as “the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings could bring the administration of justice into disrepute”. This is a less onerous test than *Rothman*, where the French translation of the test in our reports, “*ternirait l’image de la justice*”, clearly indicates that the resort to the word “would” in the test “would bring the administration of justice into disrepute” means just that.

Conclusion

As discussed above, we must determine in this case whether the evidence should be excluded on the record as it stands at present.

The evidence obtained as a result of the search was real evidence, and, while prejudicial to the accused as evidence tendered by the Crown usually is, there is nothing to suggest that its use at the trial would render the trial unfair. In addition, it is true that the cost of excluding the evidence would be high: someone who was found guilty at trial of a relatively serious offence will evade conviction. Such a result could bring the administration of justice into disrepute. However, the administration of justice would be brought into greater disrepute, at least in my respectful view, if this Court did not exclude the evidence and dissociate itself from the conduct of the police in this case which, always on the assumption that the officer merely had suspicions, was a flagrant and serious violation of the rights of an individual. Indeed, we cannot accept that police officers take flying tackles at people and seize them by the throat when they do not have reasonable and probable grounds to believe that those people are either dangerous or handlers of drugs. Of course, matters might well be clarified in this case if and when the police officer is offered at a new trial an opportunity to explain the grounds, if any, that he had for doing what he did. But if the police officer does not then disclose

été la conclusion de la plupart des tribunaux qui se sont penchés sur la question (voir Gibson, précité, aux pp. 63, 234 et 235). Le texte anglais du par. 24(2) doit donc être interprété comme s’il était ainsi conçu: «*the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings could bring the administration of justice into disrepute*». C’est là un critère moins sévère que celui appliqué dans l’arrêt *Rothman*, et rendu en français dans nos recueils par l’expression «*ternirait l’image de la justice*», laquelle traduction indique clairement que le mot «*would*» employé dans le critère «*would bring the administration of justice into disrepute*» doit recevoir une interprétation littérale.

Conclusion

Comme je l’ai déjà dit, nous devons déterminer en l’espèce si nous devons écarter la preuve en nous fondant sur le dossier actuel.

La preuve obtenue grâce à la fouille était une preuve matérielle et, bien qu’elle soit préjudiciable à l’accusée, comme c’est normalement le cas pour les éléments de preuve produits par la poursuite, rien ne porte à croire que son utilisation au procès le rendrait inéquitable. En outre, il est vrai que le coût de l’exclusion de cette preuve sera élevé car cela permettra à une personne qui a été déclarée coupable d’une infraction relativement grave, d’éviter une condamnation. Ce résultat pourrait déconsidérer l’administration de la justice. Toutefois, sa déconsidération serait encore plus grande, du moins à mon humble avis, si cette Cour n’écarterait pas la preuve et ne se dissociait pas de la conduite de la police en l’espèce, qui, toujours si l’on suppose que le policier n’avait que des soupçons, constituait une violation flagrante et grave des droits d’une personne. En effet, nous ne pouvons admettre que les agents de police sautent sur les gens et les saisissent à la gorge s’ils n’ont pas des motifs raisonnables et probables de croire que ces gens-là sont dangereux ou qu’ils sont des trafiquants de drogue. Bien entendu, les choses pourront bien être tirées au clair en l’espèce si jamais, dans le cadre d’un nouveau procès, on donne à l’agent de police l’occasion d’expliquer les motifs à

additional grounds for his behaviour, the evidence must be excluded.

I would allow the appeal and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by my colleague Justice Lamer. I accept and adopt his statement of facts. I accept as well his statement of the question for decision, that is, was the search conducted by the police officer unreasonable and, if so, having regard to all the circumstances, would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute? I am unable, however, with deference to my colleague's views, to reach the same conclusion.

For the purposes of this appeal, I will accept with some hesitation the finding of the trial judge that the search was unreasonable. It then becomes necessary to decide whether the evidence obtained by the search should have been admitted or rejected under the provisions of s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In deciding this question, I am content to adopt the judgment of Seaton J.A. in the Court of Appeal in the case at bar, now reported in (1983), 5 C.C.C. (3d) 141. In my view, he has correctly stated the principles upon which this issue must be decided. I would, accordingly, adopt his result and dismiss the appeal.

With the exception of his conclusion, there is little, if anything, inconsistent in the judgment of Seaton J.A. with what my colleague, Lamer J., has said up to the point where he discusses his approach to the question of how a court should determine, in accordance with s. 24(2) of the *Charter*, whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute. It is with respect to that aspect of my colleague's judgment that a divergence in our views appears. With the very greatest deference to my colleague, I would not approve of a test so formulated. I

l'origine de son action. Mais si, à ce moment-là, l'agent de police ne révèle pas d'autres motifs pour sa conduite, l'élément de preuve en question devra être écarté.

^a Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

^b LE JUGE MCINTYRE (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés en l'espèce par mon collègue le juge Lamer. J'accepte et adopte son exposé des faits. J'accepte également son exposé de la question en litige, c'est-à-dire la fouille effectuée par le policier était-elle abusive et, dans l'affirmative, compte tenu de toutes les circonstances, l'utilisation des éléments de preuve déconsidérerait-elle l'administration de la justice? ^d Toutefois, avec égards pour l'opinion de mon collègue, je ne puis en venir à la même conclusion.

^e Aux fins de ce pourvoi, je vais accepter avec quelques hésitations la conclusion du juge du procès que la fouille était abusive. Il devient alors nécessaire de décider si les éléments de preuve obtenus par la fouille doivent être admis ou écartés en vertu des dispositions du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour trancher cette question, je me contenterais d'adopter l'arrêt rendu en Cour d'appel par le juge Seaton, maintenant publié à (1983), 5 C.C.C. (3d) 141. À mon avis, il a correctement exposé les principes en fonction desquels cette question doit être tranchée. Je suis donc d'avis d'adopter le résultat qu'il propose et de rejeter le pourvoi.

^h À l'exclusion de sa conclusion, il n'y a quasiment rien dans les motifs du juge Seaton qui soit incompatible avec ce que dit mon collègue le juge Lamer jusqu'à ce qu'il traite de sa façon d'aborder la question de savoir comment un tribunal doit déterminer, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. C'est sur cet aspect du jugement de mon collègue que notre divergence d'opinion apparaît. ⁱ Avec les plus grands égards pour mon collègue, je ne peux approuver un critère ainsi structuré. Je

would prefer the less formulated approach of Seaton J.A., who said at p. 151:

Disrepute in whose eyes? That which would bring the administration of justice into disrepute in the eyes of a policeman might be the precise action that would be highly regarded in the eyes of a law teacher. I do not think that we are to look at this matter through the eyes of a policeman or a law teacher, or a judge for that matter. I think that it is the community at large, including the policeman and the law teacher and the judge, through whose eyes we are to see this question. It follows, and I do not think this is a disadvantage of the suggestion, that there will be a gradual shifting. I expect that there will be a trend away from admission of improperly obtained evidence.

I do not suggest that the courts should respond to public clamour or opinion polls. I do suggest that the views of the community at large, developed by concerned and thinking citizens, ought to guide the courts when they are questioning whether or not the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute.

In this, I take it that Seaton J.A. in deciding the question has adopted an approach similar to that of the reasonable man, so well known in the law of torts. This is by no means a perfect test, but one which has served well and which has, by its application over the generations, led to the development of a serviceable body of jurisprudence from which has emerged a set of rules generally consistent with what might be termed social attitudes. I would suggest that such an approach, developing rules and principles on a case-by-case basis, will produce an acceptable standard for the application of s. 24(2) of the *Charter*.

This view has judicial support in the words of Seaton J.A., referred to above, and in the words of Esson J.A. in the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Strachan* (1986), 24 C.C.C. (3d) 205. Speaking for the Court, he said, at p. 236:

It may be, as some have contended, that the so-called "community shock" test for applying s. 24(2) is not a completely satisfactory basis for deciding whether the admission of evidence will bring the administration of justice into disrepute. But it surely cannot be right to decide that issue without consideration for the concerns

préfère l'analyse moins structurée du juge Seaton, qui dit à la p. 151:

[TRADUCTION] Déconsidération, aux yeux de qui? Ce qui déconsidérerait l'administration de la justice aux yeux d'un policier pourrait être précisément l'action qui recevrait tout le respect du professeur de droit. Je ne crois pas que nous devons regarder cette question avec les yeux d'un policier ou d'un professeur de droit ni d'ailleurs d'un juge. Je pense que nous devons regarder cette question avec les yeux de la société en général, ce qui comprend le policier, le professeur de droit et le juge. Il s'ensuit, et je ne crois pas que ce soit une faiblesse de cette suggestion, qu'il y aura une évolution graduelle. Il me semble que l'on s'éloignera progressivement de l'utilisation des éléments de preuve obtenus irrégulièrement.

Je ne dis pas que les tribunaux doivent réagir à la clameur publique ni aux sondages d'opinion. Je dis par contre que le point de vue de la société en général, formulé par des citoyens intéressés et réfléchis, devrait guider les tribunaux lorsqu'ils se demandent si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

En somme, il me semble qu'en statuant sur ce point, le juge Seaton a adopté une analyse similaire à celle de l'homme raisonnable bien connue en droit de la responsabilité. Ceci ne constitue certes pas un critère parfait, mais c'est un critère qui a été bien utile et qui a, par son application sur plusieurs générations, entraîné la constitution d'un corps pratique de jurisprudence dont ressort un ensemble de règles généralement compatibles avec ce qu'on pourrait appeler des attitudes sociales. J'estime qu'une telle analyse qui consiste à développer des règles et des principes cas par cas, produira une norme acceptable pour appliquer le par. 24(2) de la *Charte*.

Ce point de vue trouve un appui dans les mots du juge Seaton, cités ci-dessus, et dans ceux du juge Esson de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R. v. Strachan* (1986), 24 C.C.C. (3d) 205. Parlant au nom de la Cour, il a dit, à la p. 236:

[TRADUCTION] Il se peut, comme d'aucuns l'ont prétendu, que le critère dit du « choc de la collectivité » relativement à l'application du par. 24(2) ne constitue pas un fondement entièrement satisfaisant pour décider si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Mais il n'est

of and prevailing views in the community. Some commentators have expressed the view that this will put the decision in the hands of "red necks", which is [*sic*] in this context seems to mean those who have not studied the subject at a graduate level. By that logic, we should not leave to juries the most serious issues in criminal cases. But we do and the Charter requires that to be done. One of the virtues of the jury system is to require community values to be reflected in the decision-making process. As that ideal way of reflecting community values is not available in relation to the question whether to exclude, it may be appropriate to have regard to such legendary devices as "the reasonable man" or "right thinking people generally". If due regard is had to community values, the remedy of exclusion will likely be confined to those relatively rare cases where there is some real reason for describing a denial as flagrant, and in which exclusion would not unduly prejudice the public interest in law enforcement.

Further support from the academic world may be found in the words of Yves-Marie Morissette, "The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms: What to Do and What Not to Do*" (1984), 29 *McGill L.J.* 521, at p. 538:

Instead of reiterating unconvincing appeals to evanescent community views, Canadian judges should concentrate on what they do best: finding within themselves, with cautiousness and impartiality, a basis for their own decisions, articulating their reasons carefully and accepting review by a higher court where it occurs. A convenient and longstanding legal fiction exists for the purposes of judicial dialectics: the reasonable man, whether it be the man on the Clapham omnibus or, perhaps today in Canada, the career-woman on the Voyageur bus. One commendable feature of this concept is its coherence. Judges may disagree among themselves on what the reasonable man would do in any given case, but in the end the courts never disagree *with* the reasonable man. They are, in reality, the reasonable man. The question should be: "Would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute in the eyes of a reasonable man, dispassionate and fully apprised of the circumstances of the case?" If in due course the reasonable man takes into account the findings of opinion polls, so be it, but for the time being

certainement pas juste de trancher cette question sans tenir compte des inquiétudes et du point de vue dominant dans la société. Certains commentateurs ont fait valoir que ce point de vue remettrait la décision dans les mains des «réactionnaires», ce qui, dans ce contexte, semble vouloir dire ceux qui n'ont pas fait de doctorat sur le sujet. Selon cette logique, nous ne devrions pas soumettre aux jurys les questions les plus graves en droit criminel. Mais nous le faisons et la Charte le requiert. L'une des vertus du mécanisme du jury est d'imposer que les valeurs sociales se reflètent dans le processus de décision. Comme on ne peut pas utiliser ce mécanisme idéal pour refléter les valeurs sociales relativement à la question de l'exclusion, il peut être bon de tenir compte de moyens légendaires tel «l'homme raisonnable» ou «les gens bien pensants en général». Si on tient effectivement compte des valeurs sociales, le remède de l'exclusion sera probablement limité aux cas relativement rares où il y a une raison réelle de décrire la négation comme flagrante et dans lesquels l'exclusion ne porterait pas indûment préjudice à l'intérêt qu'a le public en matière d'application des lois.

Un autre appui de la doctrine découle des mots de Yves-Marie Morissette «The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms: What to Do and What Not to Do*» (1984), 29 *R. de d. McGill* 521, à la p. 538:

[TRADUCTION] Au lieu de réitérer des appels peu convaincants à l'opinion sociale évanescence, les juges canadiens devraient se concentrer sur ce qu'ils font le mieux: trouver au fond d'eux-mêmes, avec prudence et impartialité, un fondement pour leurs propres décisions, en formulant leurs motifs avec soin et en acceptant le contrôle d'un tribunal supérieur le cas échéant. Il existe, aux fins de la dialectique judiciaire, une fiction juridique ancienne et commode: l'homme raisonnable, qu'il s'agisse de l'homme à bord de l'omnibus de Clapham ou, peut-être de nos jours au Canada, la femme de carrière à bord de l'autobus Voyageur. L'une des caractéristiques louables de cette notion est sa logique. Les juges peuvent ne pas être d'accord sur ce que ferait l'homme raisonnable dans un cas donné, mais en définitive, les tribunaux ne sont jamais en désaccord *avec* l'homme raisonnable. En réalité, ils sont l'homme raisonnable. La question devrait être la suivante: «L'utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de l'homme raisonnable, objectif et bien informé de toutes les circonstances de l'affaire?» Si éventuellement l'homme raisonnable tient compte des constatations des sondages d'opinion, c'est

section 24(2) should remain entirely within the control of the courts. [Emphasis added.]

I do not suggest that we should adopt the “community shock” test or that we should have recourse to public opinion polls and other devices for the sampling of public opinion. I do not suggest that we should seek to discover some theoretical concept of community views or standards on this question. I do suggest that we should adopt a method long employed in the common law courts and, by whatever name it may be called, apply the standard of the reasonable man. The question should be as stated by Yves-Marie Morissette, supra, “Would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute in the eyes of a reasonable man, dispassionate and fully apprised of the circumstances of the case?” I am aware that the trial judge appeared to apply the community shock test. However, it is clear from the passage quoted above that Seaton J.A., in expressing his approval and dismissing the appeal, was in essence adopting the test of the reasonable man. I would observe as well that Esson J.A. in *Strachan*, supra, in accepting the need for a consideration of community values brought in the reasonable man.

Applying this test to the case at bar, I am led to the conclusion that the administration of justice would not fall into disrepute by the admission of this evidence. This is not a case where the search revealed a concealed capsule or two of heroin, such as one might have for personal use. Here, the appellant, with heroin in her hand contained in a balloon, was found in a public bar among other people. In my view, the admission of this evidence on a trial for possession of narcotics for the purpose of trafficking would not—in the eyes of a reasonable man, dispassionate and fully apprised of the circumstances of the case—bring the administration of justice into disrepute. The cir-

comme ça, mais pour l’instant, le par. 24(2) doit rester entièrement sous le contrôle des tribunaux. [C’est moi qui souligne.]

Je ne propose pas que nous adoptions le critère du « choc de la collectivité » ou que nous ayons recours aux sondages d’opinion ou autres mécanismes d’échantillonnage de l’opinion publique. Je ne propose pas que nous cherchions à dégager un concept théorique de l’opinion ou des normes de la société sur cette question. Je propose par contre que nous adoptions une méthode utilisée depuis longtemps dans les tribunaux de *common law* et, quel que soit le nom qu’on lui donne, applique la norme de l’homme raisonnable. La question doit être formulée comme le fait Yves-Marie Morissette ci-dessus, [TRADUCTION] « L’utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l’administration de la justice aux yeux de l’homme raisonnable, objectif et bien informé de toutes les circonstances de l’affaire ? » Je sais bien que le juge du procès, avec l’approbation apparente du juge Seaton, a mentionné et a semblé appliquer le critère du choc de la société. Toutefois, il ressort clairement du passage précité que le juge Seaton, en exprimant son approbation et en rejetant l’appel, adoptait essentiellement le critère de l’homme raisonnable. Je soulignerais aussi que le juge Esson, dans l’affaire *R. v. Strachan*, précitée, en acceptant la nécessité de tenir compte des valeurs de la société a fait appel à la notion de l’homme raisonnable.

Appliquant ce critère à l’espèce, je suis amené à conclure que l’utilisation de cet élément de preuve n’est pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Il ne s’agit pas d’un cas où la fouille a permis de découvrir une ou deux capsules cachées d’héroïne destinées à un usage personnel. En l’espèce, l’appelante, avec de l’héroïne dans un ballon qu’elle tenait à la main, se trouvait dans un bar avec d’autres gens. À mon avis, l’utilisation de cet élément de preuve au cours d’un procès pour possession de stupéfiants pour en faire le trafic n’est pas susceptible, aux yeux d’un homme raisonnable, objectif et bien informé de toutes les circonstances de l’affaire, de déconsidérer l’administration de la justice. Les circonstances de l’affaire comportent les événements décrits par le juge en

cumstances of the case include the events described by Nemetz C.J.B.C., at p. 143:

The facts are not in dispute. Constables Rodine and Woods of the drug section of the R.C.M.P. were on duty at Gibsons, a small community near Vancouver. They took up a surveillance-post near a pub in the village. There they saw the appellant and another woman seated at a table. A short time later the pair were joined by Richard Collins and another man. About 15 minutes later, Collins and the stranger left the pub and drove in a car to a trailer-park a short distance from the pub. The police followed them. They searched the car and there found heroin, some multicoloured balloons and other paraphernalia. Richard Collins was arrested. At 4:15 p.m., Constables Rodine and Woods returned to the pub. The appellant and her companion were still there.

The police then entered the bar and found heroin in the possession of the appellant, not concealed but in her hand in a public place. I express no view as to the cogency or weight of this evidence but, in my view, a reasonable man would not be offended at the thought that on the issue of possession for the purpose of trafficking the trier of fact should be permitted to consider it. I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

LE DAIN J.—I agree with Justice Lamer that the appeal should be allowed and a new trial ordered. Assuming, as we must on the present record, that the police officer did not have grounds for a reasonable belief that the accused was in possession of a narcotic, I am in agreement with the conclusion that, having regard to all the circumstances, and in particular the relative seriousness of the violation of the right guaranteed by s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. I am also in general agreement with what Lamer J. says concerning the nature of the test under s. 24(2) of the *Charter* and the factors to be weighed, but I do not wish to be understood as necessarily subscribing to what is said concerning the nature and relative importance under s. 24(2) of the factor which he refers to as the effect of the admission of the evidence on the fairness of the trial. Since, as

chef Nemetz de la Colombie-Britannique, à la p. 143:

[TRADUCTION] Les faits ne sont pas contestés. Les agents Rodine et Woods de l'escouade des stupéfiants de la GRC étaient de service à Gibsons, un village près de Vancouver. Ils ont entrepris la surveillance d'un débit de boissons du village. Ils ont vu l'appelante et une autre femme assises à une table. Peu après, Richard Collins et un autre homme les ont rejointes. Environ 15 minutes plus tard, Collins et l'étranger ont quitté le débit de boissons et se sont rendus en voiture dans un parc à roulettes avoisinant. Les policiers les ont suivis. Ils ont fouillé la voiture où ils ont trouvé de l'héroïne, des ballons multicolores et d'autres instruments. Richard Collins a été arrêté. À 16 h 15, les agents Rodine et Woods sont retournés au débit de boissons où l'appelante et sa compagne étaient toujours installées.

La police est entrée dans le bar et a trouvé l'appelante en possession d'héroïne qu'elle n'avait pas cachée, mais qu'elle tenait à la main dans un endroit public. Je n'exprime aucune opinion sur la force ou le poids de cette preuve, mais, à mon avis, un homme raisonnable ne serait pas offusqué par la pensée que, sur la question de possession pour faire le trafic, le juge des faits soit autorisé à la prendre en considération. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LE DAIN—Je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire que le pourvoi doit être accueilli et un nouveau procès ordonné. En supposant, comme on doit le faire vu le dossier actuel, que le policier n'avait pas de motifs raisonnables de croire que l'accusée était en possession d'un stupéfiant, je suis d'accord avec la conclusion selon laquelle, eu égard à toutes les circonstances, et en particulier à la relative gravité de la violation du droit à la protection contre les fouilles abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*, l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Je suis également d'accord, de manière générale, avec ce qu'affirme le juge Lamer au sujet de la nature du critère établi au par. 24(2) de la *Charte* et des facteurs qu'il faut soupeser, mais je ne veux pas que l'on croie que je souscris nécessairement à ce qui est dit au sujet de la nature et de l'importance relative, en vertu du par. 24(2), du facteur qu'il décrit comme

Lamer J. indicates, it is not necessary to consider this factor in the present case, I prefer to reserve my opinion with respect to it. I am concerned about the possible implications for such matters as self-incrimination and confession, aspects of fairness to which Lamer J. refers and which are the subject of special provision in the *Charter* or in well established rules of law. I am also concerned as to whether there is a basis in s. 24(2) for the view that, to the extent this factor is relevant, it should generally lead to the exclusion of the evidence.

Appeal allowed and a new trial ordered, MCINTYRE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Braidwood, Nuttall, MacKenzie, Brewer, Greyell & Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Department of Justice, Vancouver.

l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès. Puisque, comme l'indique le juge Lamer, il n'est pas nécessaire d'examiner ce facteur en l'espèce, je préfère m'abstenir de me prononcer à ce sujet. Je me soucie des répercussions possibles sur des questions comme l'auto-incrimination et la confession, qui constituent des aspects de l'équité dont parle le juge Lamer et qui sont assujettis à une disposition spéciale dans la *Charte* ou à des règles de droit bien établies. Je me demande également s'il y a dans le par. 24(2) de quoi justifier le point de vue selon lequel, dans la mesure où il est pertinent, ce facteur doit généralement entraîner l'exclusion de la preuve.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge MCINTYRE dissident.

Procureurs de l'appelante: Braidwood, Nuttall, MacKenzie, Brewer, Greyell & Company, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Ministère de la Justice, Vancouver.

Avril Zoya Sieben *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SIEBEN

File No.: 19109.

1986: May 27, 28; 1987: April 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Illicit drugs found during search of apartment under writ of assistance — Writs of assistance alleged to be unconstitutional and search therefore alleged to be unreasonable and contrary to the Charter — Whether or not admission of evidence of illicit drugs would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(2) — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 10(1)(a), (2), (3).

Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Drug search pursuant to writ of assistance — Writs of assistance alleged to be inconsistent with the Charter — Whether or not admitting evidence of drugs would bring administration of justice into disrepute.

Police searched appellant's apartment under a writ of assistance issued under s. 10(3) of the *Narcotic Control Act*, found a quantity of illegal drugs, cash and a set of scales, and charged appellant with possession of illegal drugs for the purposes of trafficking. At trial, appellant sought to have the evidence of what was found in her apartment excluded under s. 24(2) of the *Charter* arguing that the search was unreasonable because writs of assistance were unconstitutional. The trial judge dismissed the application, admitted the evidence and entered a conviction. The Court of Appeal upheld that decision. The sole issue here was whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Avril Zoya Sieben *Appelante*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: R. C. SIEBEN

N° du greffe: 19109.

1986: 27, 28 mai; 1987: 9 avril.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

^c *Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Découverte de stupéfiants illicites au cours d'une perquisition dans un appartement en vertu d'un mandat de main-forte — Allégation d'inconstitutionnalité des mandats de main-forte et donc de perquisition abusive et contraire à la Charte — L'utilisation de la preuve relative aux stupéfiants illicites est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(2) — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(1)a), (2), (3).*

^d *Preuve — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisition pour trouver des stupéfiants en vertu d'un mandat de main-forte — Allégation d'incompatibilité des mandats de main-forte avec la Charte — L'utilisation de la preuve relative à ces stupéfiants est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?*

^e Des policiers ont perquisitionné à l'appartement de l'appelante en vertu d'un mandat de main-forte délivré aux termes du par. 10(3) de la *Loi sur les stupéfiants*, ils ont trouvé une certaine quantité de drogues illicites, de l'argent et une balance et ils ont accusé l'appelante de possession de drogues illicites pour en faire le trafic. Au procès, l'appelante a tenté de faire exclure les éléments de preuve relatifs à ce qui a été trouvé dans son appartement aux termes du par. 24(2) de la *Charte* en soutenant que la perquisition était abusive parce que les mandats de main-forte étaient inconstitutionnels. Le juge du procès a rejeté la demande, a admis les éléments de preuve et inscrit une déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a maintenu cette décision. La seule question qui se pose en l'espèce est de savoir si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

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

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.: Since the Crown has not sought to uphold the validity of writs of assistance and since the police had no search warrant, the Court assumed that the search was unreasonable.

The issue of whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute was decided on those principles, rules and remarks found in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

The use of evidence obtained in the search would in no way cause the trial to be unfair. The breach, even though made more serious because a dwelling-house was involved, was not sufficiently serious that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. It was found at trial that one of the officers had reasonable grounds to enter and search the premises. The only reason a search warrant was not obtained was that the police officers in good faith believed a writ of assistance was sufficient. The statute authorizing searches under writs of assistance had not been declared to be inconsistent with the *Charter* at that time. There was no suggestion that the police officers had carried out the search in an unreasonable manner.

Per McIntyre J.: The appeal should be dismissed.

Cases Cited

By Lamer J.

Applied: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(2).

Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 10(1)(a), (2), (3), rep. in part by S.C. 1985, c. 19, s. 200.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal dismissing an appeal from conviction by Godfrey Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

Patrick Good, for the appellant.

S. David Frankel and *Donald J. Avison*, for the respondent.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest: Puisque le ministère public n'a pas tenté de confirmer la validité des mandats de main-forte et que la police n'avait pas de mandat de perquisition, la Cour présume que la perquisition était abusive.

La question de savoir si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice est tranchée en fonction des principes, règles et remarques exposés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Le procès ne serait d'aucune façon injuste en raison de l'utilisation de ces éléments de preuve obtenus au moyen de la perquisition. La violation, même si elle est aggravée par le fait qu'il s'agit d'une maison d'habitation, n'est pas suffisamment grave pour que l'utilisation des éléments de preuve déconsidère l'administration de la justice. Au procès, on a conclu que l'un des policiers avait des motifs raisonnables pour entrer dans l'appartement et y effectuer une perquisition. Un mandat de perquisition n'a pas été obtenu pour la seule raison que les policiers croyaient de bonne foi qu'un mandat de main-forte était suffisant. La loi autorisant les perquisitions aux termes des mandats de main-forte n'avait pas été déclarée contraire à la *Charte*, à ce moment-là. On n'a nullement laissé entendre que les policiers avaient effectué la perquisition d'une manière abusive.

Le juge McIntyre: Le pourvoi doit être rejeté.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(2).

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(1)(a), (2), (3), abr. en partie par S.C. 1985, chap. 19, art. 200.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Godfrey de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Patrick Good, pour l'appelante.

S. David Frankel et *Donald J. Avison*, pour l'intimée.

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

LAMER J.—Police officers searched the appellant's apartment under the authority of a writ of assistance issued to one of them under s. 10(3) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, as amended, as it stood prior to the amendments of December 1985. As a result of the search, the police officers found and seized small amounts of cannabis resin and cocaine, sixteen plastic sacs containing cannabis, a set of scales, and \$13,750 in cash. The appellant was charged with possession of cannabis resin and cocaine and possession of cannabis for the purpose of trafficking. At the trial, she sought to have the evidence of what was found in her apartment excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, arguing that the search was unreasonable and as such in violation of her rights under ss. 7 and 8 of the *Charter* and that the use of the evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Searches under the *Narcotic Control Act* are governed by s. 10 of the Act, which provided in part at the relevant time:

10. (1) A peace officer may, at any time,
(a) without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house, and under the authority of a writ of assistance or a warrant issued under this section, enter and search any dwelling-house in which he reasonably believes there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed;

(2) A justice who is satisfied by information upon oath that there are reasonable grounds for believing that there is a narcotic, by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed, in any dwelling-house may issue a warrant under his hand authorizing a peace officer named therein at any time to enter the dwelling-house and search for narcotics.

(3) A judge of the Federal Court of Canada shall, upon application by the Minister, issue a writ of assist-

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

LE JUGE LAMER—Des policiers ont perquisitionné dans l'appartement de l'appelante en vertu d'un mandat de main-forte délivré à l'un d'eux aux termes du par. 10(3) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, et modifications, en vigueur avant les modifications apportées en décembre 1985. Lors de la perquisition, les policiers ont trouvé et ont saisi de petites quantités de résine de cannabis et de cocaïne, seize sacs de plastique contenant du cannabis, une balance et 13 750 \$ en argent. L'appelante a été accusée de possession de résine de cannabis et de cocaïne et de possession de cannabis pour en faire le trafic. Au procès, elle a demandé que les éléments de preuve obtenus lors de la perquisition effectuée dans son appartement soient exclus, en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour le motif que la perquisition était abusive et violait les droits que lui garantissent les art. 7 et 8 de la *Charte* et que l'utilisation de ces éléments de preuve dans l'instance déconsidérerait l'administration de la justice.

Les perquisitions que prévoit la *Loi sur les stupéfiants* sont régies par l'art. 10 qui prévoyait notamment à l'époque en cause:

10. (1) Un agent de la paix peut, à toute époque,
a) sans mandat, entrer et perquisitionner dans tout endroit autre qu'une maison d'habitation, et, sous l'autorité d'un mandat de main-forte ou d'un mandat délivré aux termes du présent article, entrer et perquisitionner dans toute maison d'habitation où il croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'il se trouve un stupéfiant au moyen ou à l'égard duquel une infraction à la présente loi a été commise;

(2) Un juge de paix convaincu, d'après une dénonciation faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un stupéfiant au moyen ou à l'égard duquel une infraction à la présente loi a été commise se trouve dans une maison d'habitation quelconque, peut délivrer un mandat portant sa signature et autorisant un agent de la paix y nommé à entrer à toute heure dans la maison d'habitation pour découvrir des stupéfiants.

(3) Un juge de la Cour fédérale du Canada doit, à la demande du Ministre, délivrer un mandat de main-forte

ance authorizing and empowering the person named therein, aided and assisted by such person as the person named therein may require, at any time, to enter any dwelling-house and search for narcotics.

The search of a dwelling-house is thus authorized only where the peace officer has a writ of assistance issued under s. 10(3) or a search warrant issued under s. 10(2). The appellant has argued that the search here was unreasonable because writs of assistance are unconstitutional as offending ss. 7 and 8 of the *Charter*, and the police officers did not have a search warrant. The unreasonableness of the search for those reasons alone was the only ground urged upon the trial judge for the exclusion of the evidence. The manner in which the search was carried out, which may be relevant to the unreasonableness of a search and to the decision whether to exclude evidence, was not invoked by the appellant. This is understandable because nothing in the evidence reveals any improper conduct on the part of the police officers.

The trial judge dismissed the application, the evidence was admitted and the appellant was convicted. Her appeal was dismissed, as will, for reasons briefly set out herewith, her appeal to this Court.

McIntyre J. in this Court stated the following constitutional question:

Are the provisions of s. 10(1)(a) and s. 10(3) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, in so far as they authorize the entry and search of a dwelling-house under the authority of a writ of assistance, inconsistent with the provisions of ss. 7 and 8 of the *Constitution Act, 1982*, and thereby inoperative or of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*?

It is not, strictly speaking, necessary to answer this question because s. 10(3) and the reference in s. 10(1)(a) to writs of assistance have been repealed (S.C. 1985, c. 19, s. 200). However, for the purposes of this appeal, it is necessary to decide whether the search was reasonable. The appellant has challenged writs of assistance as

autorisant et habilitant la personne qui y est nommée, aidée et assistée de tel individu que la personne y nommée peut requérir, à entrer à toute heure dans une maison d'habitation quelconque pour découvrir des stupéfiants.

Ainsi la perquisition dans une maison d'habitation n'est autorisée que lorsque l'agent de la paix détient un mandat de main-forte délivré aux termes du par. 10(3) ou un mandat de perquisition délivré aux termes du par. 10(2). L'appelante a soutenu que la perquisition en l'espèce était abusive parce que les mandats de main-forte sont inconstitutionnels car ils sont contraires aux art. 7 et 8 de la *Charte* et que les policiers n'avaient pas de mandat de perquisition. Le caractère abusif de la perquisition pour ces seuls motifs constitue l'unique moyen qui a été présenté au juge du procès pour exclure les éléments de preuve. L'appelante n'a pas invoqué la manière dont la perquisition a été effectuée, ce qui peut être pertinent à l'égard du caractère abusif de la perquisition et de la décision d'écarter ou non les éléments de preuve. Cela se comprend parce que rien dans la preuve n'indique que les policiers se soient conduits de façon irrégulière.

Le juge du procès a rejeté la demande, les éléments de preuve ont été admis et l'appelante a été déclarée coupable. Son appel a été rejeté comme le sera, pour les motifs énoncés brièvement en l'espèce, son pourvoi devant cette Cour.

Le juge McIntyre de cette Cour a énoncé la question constitutionnelle suivante:

Dans la mesure où les dispositions de l'al. 10(1)a) et du par. 10(3) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, autorisent l'entrée et la perquisition dans toute maison d'habitation sous l'autorité d'un mandat de main-forte, sont-elles incompatibles avec les dispositions des art. 7 et 8 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et partant inopérantes conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

À proprement parler, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question parce que le par. 10(3) et le renvoi dans l'al. 10(1)a) aux mandats de main-forte ont été abrogés (S.C. 1985, chap. 19, art. 200). Toutefois, aux fins du présent pourvoi, il est nécessaire de décider si la perquisition était abusive. L'appelante a contesté le caractère adé-

inadequate under ss. 7 and 8 of the *Charter* on the ground that there is no prior judicial authorization for the search. The Crown in its factum states that it does not intend to uphold the validity of s. 10(1)(a) and s. 10(3) in so far as they relate to writs of assistance, and we should thus assume for the purposes of this appeal that writs of assistance are constitutionally inadequate. As a result, because the officers did not have a search warrant, we must also assume that the search was unreasonable.

The sole issue then is whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. In deciding this issue, I rely upon the principles, rules, and remarks in my judgment rendered this same day in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. It is obvious to me that the use of this evidence in the proceedings would in no way cause the trial to be unfair. The appellant seeks the exclusion of the evidence on the ground that the police officers carried out the search under a writ of assistance when a search warrant was necessary. This breach is made more serious by the fact that the search took place in a dwelling-house. However, I do not consider the breach to be sufficiently serious that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The trial judge held that one of the police officers had reasonable grounds to enter and search the premises, thus satisfying an obviously desirable requirement of the statute. The only reason that they did not obtain a search warrant is that they believed in good faith that a writ of assistance was sufficient. At that time, the statute authorizing a search under a writ of assistance had not been declared to be inconsistent with the *Charter*. Finally, there was no suggestion that the police officers had carried out the search in an unreasonable manner.

Under these circumstances and for the reasons given in *R. v. Collins*, *supra*, this appeal fails.

quat des mandats de main-forte aux termes des art. 7 et 8 de la *Charte* en plaidant qu'il n'y avait pas eu d'autorisation judiciaire préalable de perquisitionner. Le ministère public indique dans son mémoire qu'il n'a pas l'intention de maintenir la validité de l'al. 10(1)a) et du par. 10(3) dans la mesure où ils se rapportent aux mandats de main-forte et il convient donc de présumer aux fins du présent pourvoi que les mandats de main-forte ne sont pas adéquats du point de vue constitutionnel. Par conséquent, étant donné que les policiers n'avaient pas de mandat de perquisition, il convient également de supposer que la perquisition était abusive.

La seule question qui se pose alors est de savoir si l'utilisation des éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice. Pour trancher cette question, je me fonde sur les principes, les règles et les observations énoncés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, rendu aujourd'hui. Il m'apparaît clairement que le procès ne serait d'aucune façon injuste en raison de l'utilisation de ces éléments de preuve en l'instance. L'appelante cherche à obtenir l'exclusion des éléments de preuve sur le fondement que les policiers ont effectué la perquisition aux termes d'un mandat de main-forte alors qu'un mandat de perquisition était nécessaire. Cette violation est aggravée par le fait que la perquisition a eu lieu dans une maison d'habitation. Toutefois, je ne suis pas d'avis que la violation est suffisamment grave pour que l'utilisation des éléments de preuve déconsidère l'administration de la justice. Le juge du procès a conclu que l'un des policiers avait des motifs raisonnables pour entrer dans l'appartement et y effectuer une perquisition, ce qui remplit donc une exigence manifestement souhaitable de la loi. Ils n'ont pas demandé un mandat de perquisition pour la seule raison qu'ils croyaient de bonne foi qu'un mandat de main-forte était suffisant. À ce moment-là, la loi autorisant une perquisition aux termes d'un mandat de main-forte n'avait pas été déclarée contraire à la *Charte*. Finalement, on n'a nullement laissé entendre que les policiers avaient effectué la perquisition d'une manière abusive.

Compte tenu de ces circonstances et pour les motifs énoncés dans *R. c. Collins*, précité, le présent pourvoi échoue.

The following are the reasons delivered by
McIntyre J.—I agree that this appeal should be
dismissed.

Appeal dismissed.

*Solicitor for the appellant: Patrick A. Good,
Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Roger Tassé,
Ottawa.*

Version française des motifs rendus par

Le juge McIntyre—Je suis d'avis que ce pourvoi
doit être rejeté.

a Pourvoi rejeté.

*Procureur de l'appelante: Patrick A. Good,
Vancouver.*

b Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

James Francis Hamill Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. HAMILL

File No.: 18983.

1986: May 27, 28; 1987: April 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Illicit drugs found during search of apartment under writ of assistance — Writs of assistance alleged to be unconstitutional and search therefore alleged to be unreasonable and contrary to the Charter — Whether or not admitting evidence of illicit drugs would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(2) — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(1)(a), (2), (3).

Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Drug search pursuant to writ of assistance — Writs of assistance alleged to be inconsistent with Charter — Whether or not admitting evidence of those drugs would bring administration of justice into disrepute.

The R.C.M.P. searched appellant's apartment under a writ of assistance and seized illicit drugs and related paraphernalia which were introduced into evidence at appellant's trial on a charge of possession of cannabis resin for the purpose of trafficking. One of the officers, when the door knob was turned to admit them, forced the door open, shouted "police" and put the appellant up against the wall secured at the throat, notwithstanding the absence of any provocation. Evidence that the officer had been informed of appellant's background by a police computer check of criminal records was not admitted at trial. The trial judge found writs of assistance unconstitutional and he excluded the evidence of the drugs. The acquittal was quashed on appeal and a new trial ordered. At issue is whether the trial judge erred when he found that the admission of evidence obtained on a search conducted under a text of law he found to be

* Chouinard J. took no part in the judgment.

James Francis Hamill Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée^a RÉPERTORIÉ: R. c. HAMILL

N° du greffe: 18983.

1986: 27, 28 mai; 1987: 9 avril.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

^c *Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Découverte de stupéfiants illicites au cours d'une perquisition dans un appartement en vertu d'un mandat de main-forte — Allégation d'inconstitutionnalité des mandats de main-forte et donc de perquisition abusive et contraire à la Charte — L'utilisation de la preuve relative aux stupéfiants illicites est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(2) — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(1)a), (2), (3).*

^d *Preuve — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisition pour trouver des stupéfiants en vertu d'un mandat de main-forte — Allégation d'incompatibilité des mandats de main-forte avec la Charte — L'utilisation de la preuve relative à ces stupéfiants est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?*

^e La GRC a perquisitionné dans l'appartement de l'appelant en vertu d'un mandat de main-forte et a saisi des stupéfiants illicites ainsi que des articles connexes. Le tout a été présenté en preuve au procès de l'appelant relativement à une accusation de possession de résine de cannabis pour en faire le trafic. Quand on a tourné la poignée de porte pour permettre aux policiers d'entrer, l'un des agents a ouvert la porte de force en criant «police», a poussé l'appelant contre le mur et l'a pris par la gorge, malgré l'absence de toute provocation. Des éléments de preuve établissant que le policier avait été informé du passé de l'appelant au moyen d'une vérification de casiers judiciaires effectuée sur l'ordinateur de la police n'ont pas été admis en preuve au procès. Le juge du procès a jugé les mandats de main-forte inconstitutionnels et a exclu la preuve relative aux stupéfiants. ^f L'acquiescement a été annulé en appel et un nouveau

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

unconstitutional would bring the administration of justice into disrepute.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.: Since the Crown has not sought to uphold the validity of writs of assistance and since the police had no search warrant, the Court assumed that the search was unreasonable.

The guidelines set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, were applicable here. The admission of this evidence had no bearing on the fairness of the trial and the violation of the *Charter* was not sufficiently serious to justify excluding the evidence. The search, while it was made more serious in that it involved a dwelling-house, was alleged to be unreasonable only because the police officers relied on a writ of assistance when a search warrant was required. The police believed in good faith that they could rely on a writ of assistance for such writs had not been challenged under the *Charter*. The police officers' grounds were not questioned at trial.

Although not argued or ruled upon at trial, the conduct of the police officer in grabbing the appellant by the throat was a possible ground to argue for exclusion. However, if this ground were argued, then evidence of appellant's past record might be admissible and if this evidence disclosed violent behaviour on previous arrests, then the manner in which the search was conducted would not be such that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Per McIntyre J.: The appeal should be dismissed.

Cases Cited

By Lamer J.

Applied: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(1), (2).

Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 10(1)(a), (2), (3), rep. in part by S.C. 1985, c. 19, s. 200.

procès ordonné. La question en litige est de savoir si le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'utilisation d'éléments de preuve obtenus grâce à une perquisition effectuée en vertu d'un texte de loi qu'il a jugé inconstitutionnel est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest: Puisque le ministère public n'a pas tenté de confirmer la validité des mandats de main-forte et que la police n'avait pas de mandat de perquisition, la Cour présume que la perquisition était abusive.

Les lignes directrices énoncées dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, s'appliquent en l'espèce. L'utilisation des éléments de preuve en cause n'aurait eu aucun effet sur le caractère équitable du procès et la violation de la *Charte* n'a pas été suffisamment grave pour justifier que ces éléments de preuve soient écartés. Quoique la perquisition ait été aggravée par le fait qu'elle s'est effectuée dans une maison d'habitation, on ne l'a dit abusive que parce que les policiers ont agi en vertu d'un mandat de main-forte alors qu'il aurait fallu procéder en vertu d'un mandat de perquisition. Les policiers croyaient en toute bonne foi pouvoir se servir d'un mandat de main-forte, car ces mandats n'avaient pas été contestés en vertu de la *Charte*. Les motifs des policiers n'ont pas été mis en doute au procès.

Bien que ce point n'ait pas été débattu ni n'ait fait l'objet d'aucune décision au procès, la conduite du policier, qui a saisi l'appelant à la gorge, constitue un moyen qu'on pourrait invoquer pour justifier l'exclusion. Toutefois, si on invoque ce moyen, la preuve du passé de l'appelant pourrait être admissible et si cette preuve révèle un comportement violent lors d'arrestations précédentes, la manière dont la perquisition a été effectuée ne serait pas de nature à déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge McIntyre: Le pourvoi doit être rejeté.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(1), (2).

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(1)(a), (2), (3), abr. en partie par S.C. 1985, chap. 19, art. 200.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1984), 14 C.C.C. (3d) 338, allowing an appeal from acquittal pronounced by Brahan Prov. Ct. J. and ordering a new trial. Appeal dismissed.

John Waddell, for the appellant.

S. David Frankel and *Donald J. Avison*, for the respondent.

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

LAMER J.—The appellant is before this Court as of right because the Court of Appeal for British Columbia set aside the acquittal entered by the trial judge on the charge of possession of cannabis resin for the purpose of trafficking and ordered a new trial.

The Facts

On September 17, 1982, Corporal Alford, who had received “confidential information” relating to the appellant and his place of residence which he felt to be “true and accurate”, searched the apartment of the appellant under the authority of a writ of assistance. He was accompanied by Constable Gillis and two other RCMP officers. Constable Gillis knocked on the door. As soon as the appellant turned the knob, Constable Gillis forced the door open, shouted “police” and put the appellant up against the wall, grabbing him by the throat for a matter of seconds to subdue him. Constable Gillis testified that he grabbed the appellant by the throat not to facilitate a search of the appellant’s mouth but as an instinct resulting from his training. The appellant had not raised his hands, made a threatening gesture, or in any way performed an aggressive act towards Constable Gillis. Constable Gillis further stated that he had used this type of hold before but not in regard to a search.

Under examination-in-chief, Constable Gillis also testified that he had grabbed the appellant by the throat, in part, because of a “background” police computer check on the appellant. When

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1984), 14 C.C.C. (3d) 338, qui a accueilli un appel d’un verdict d’acquittal rendu par le juge Brahan de la Cour provinciale et qui a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

John Waddell, pour l’appelant.

S. David Frankel et *Donald J. Avison*, pour l’intimée.

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

LE JUGE LAMER—L’appelant se pourvoit de plein droit devant cette Cour parce que la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a infirmé l’acquittal prononcé par le juge du procès à l’égard de l’accusation de possession de résine de cannabis pour en faire le trafic et a ordonné un nouveau procès.

Les faits

Le 17 septembre 1982, le caporal Alford qui avait reçu des «renseignements confidentiels» relativement à l’appelant et à son lieu de résidence qu’il estimait être «exactes et précis», a perquisitionné dans l’appartement de l’appelant en vertu d’un mandat de main-forte. Il était accompagné par l’agent Gillis et deux autres agents de la GRC. L’agent Gillis a frappé à la porte. Dès que l’appelant a tourné la poignée, l’agent Gillis a poussé la porte de force en criant «police» et a poussé l’appelant contre le mur en le prenant à la gorge pendant quelques secondes pour le maîtriser. L’agent Gillis a témoigné qu’il a pris l’appelant à la gorge non pour permettre de fouiller plus facilement sa bouche mais instinctivement par suite de son entraînement. L’appelant n’avait pas levé les bras, ni fait de geste menaçant ni n’avait d’aucune façon agi de manière agressive envers l’agent Gillis. Celui-ci a en outre déclaré qu’il avait déjà employé ce genre de prise mais pas dans le cas d’une perquisition.

À l’interrogatoire principal, l’agent Gillis a également témoigné qu’il avait pris l’appelant à la gorge, en partie à cause d’une vérification sur l’ordinateur de la police du «passé» de l’appelant.

Constable Gillis indicated that the "background" check involved the obtaining of a computer print-out supplied to the police by the RCMP CPIC Centre in Ottawa and relating to the gathering of people's criminal records, counsel for the appellant objected. This objection was sustained by the learned trial judge.

Illicit drugs and other related paraphernalia were found and the appellant was charged with possession of cannabis resin for the purpose of trafficking.

Legislation

Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, as amended, as it stood prior to the amendments of December 1985:

10. (1) A peace officer may, at any time,

(a) without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house, and under the authority of a writ of assistance or a warrant issued under this section, enter and search any dwelling-house in which he reasonably believes there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed;

(2) A justice who is satisfied by information upon oath that there are reasonable grounds for believing that there is a narcotic, by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed, in any dwelling-house may issue a warrant under his hand authorizing a peace officer named therein at any time to enter the dwelling-house and search for narcotics.

(3) A judge of the Federal Court of Canada shall, upon application by the Minister, issue a writ of assistance authorizing and empowering the person named therein, aided and assisted by such person as the person named therein may require, at any time, to enter any dwelling-house and search for narcotics.

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.

L'avocat de l'appelant s'est objecté lorsque l'agent Gillis a indiqué que la vérification du «passé» comportait l'obtention d'un imprimé d'ordinateur fourni à la police par le centre CIPC de la GRC à Ottawa et se rapportant à la constitution des dossiers criminels. Le juge du procès a maintenu cette objection.

Des stupéfiants illicites et d'autres accessoires connexes ont été trouvés et l'appelant a été accusé de possession de résine de cannabis pour en faire le trafic.

Les textes législatifs

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, et modifications, tel qu'elle se lisait avant les modifications de décembre 1985:

10. (1) Un agent de la paix peut, à toute époque,

a) sans mandat, entrer et perquisitionner dans tout endroit autre qu'une maison d'habitation, et, sous l'autorité d'un mandat de main-forte ou d'un mandat délivré aux termes du présent article, entrer et perquisitionner dans toute maison d'habitation où il croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'il se trouve un stupéfiant au moyen ou à l'égard duquel une infraction à la présente loi a été commise;

(2) Un juge de paix convaincu, d'après une dénonciation faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un stupéfiant au moyen ou à l'égard duquel une infraction à la présente loi a été commise se trouve dans une maison d'habitation quelconque, peut délivrer un mandat portant sa signature et autorisant un agent de la paix y nommé à entrer à toute heure dans la maison d'habitation pour découvrir des stupéfiants.

(3) Un juge de la Cour fédérale du Canada doit, à la demande du Ministre, délivrer un mandat de main-forte autorisant et habilitant la personne qui est nommée, aidée et assistée de tel individu que la personne y nommée peut requérir, à entrer à toute heure dans une maison d'habitation quelconque pour découvrir des stupéfiants.

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) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

The Judgments

The Trial Judge

The Provincial Court judge found that writs of assistance are inconsistent with ss. 7 and 8 of the *Charter*, and he declared ss. 10(1)a) and 10(3) of the Act "to the extent of the inconsistency, of no force and effect". He then excluded the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. A reading of his judgment makes it clear to me, as it was for the Court of Appeal, that the decision to exclude the evidence was predicated entirely and solely on the findings that writs of assistance are inconsistent with ss. 7 and 8 of the *Charter* and that there was a nexus between the use of the writ and the finding of the evidence, and that the use of the evidence would therefore bring the administration of justice into disrepute.

The Court of Appeal

In a unanimous judgment written by Esson J.A., and reported at (1984), 14 C.C.C. (3d) 338, the Court of Appeal held that the *Narcotic Control Act* provisions were not inconsistent with the *Charter*. The court also stated that holding that the Act was constitutional would not normally end the investigation of whether the search was reasonable. However, in this case, the appellant did not put in issue the police officers' reasons for the search or their conduct as a ground for a finding of unreasonableness; only the unconstitutionality of the section was urged upon the court. The court concluded that the search was reasonable.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Les jugements

c Le juge du procès

Le juge de la Cour provinciale a conclu que les mandats de main-forte ne sont pas compatibles avec les art. 7 et 8 de la *Charte* et il a déclaré que l'al. 10(1)a) et le par. 10(3) de la Loi sont [TRANSDUCTION] «dans la mesure de l'incompatibilité, inopérants.» Il a alors écarté les éléments de preuve aux termes du par. 24(2) de la *Charte*. Il m'apparaît clairement à la lecture de son jugement, tout comme cela est apparu à la Cour d'appel, que la décision d'écarter des éléments de preuve était fondée entièrement et uniquement sur la conclusion que les mandats de main-forte ne sont pas compatibles avec les art. 7 et 8 de la *Charte* et qu'il existe un lien entre l'utilisation du mandat et la découverte des éléments de preuve, et que l'utilisation des éléments de preuve est donc susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

g La Cour d'appel

Dans un jugement unanime rédigé par le juge Esson et publié à (1984), 14 C.C.C. (3d) 338, la Cour d'appel a statué que les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* n'étaient pas incompatibles avec la *Charte*. La cour a également déclaré que la conclusion que la Loi était constitutionnelle ne mettait normalement pas fin à l'enquête sur le point de savoir si la perquisition n'était pas abusive. Toutefois, en l'espèce l'appelant n'a pas mis en cause les motifs des policiers effectuant la perquisition ni leur conduite pour établir qu'il s'agissait d'une perquisition abusive; seule l'inconstitutionnalité de l'article a été plaidée devant la cour. La cour a conclu que la perquisition n'était pas abusive.

Furthermore, the court noted that the police officers' reasons and conduct were not grounds upon which the appellant argued for exclusion of the evidence under s. 24(2). Here again only the unconstitutionality of the writ was raised. The Court of Appeal therefore found that while the "background" information on the suspect was relevant to both issues, "reasonableness of the search [given their finding of constitutionality] and exclusion", the judge, given the issues before him, was right in excluding that evidence. The court then went on and said, at p. 358:

... that the decision to exclude the evidence was based entirely on the finding that writs of assistance are inconsistent with s. 8 of the Charter. On the basis of the conclusion that there is no such inconsistency, it follows that the trial judge's basis for applying s. 24 was wrong. But even if the writ was inconsistent with the Charter, that by itself could not be a sufficient ground to exclude the evidence, particularly in a case where the search took place at a time when no court had held s. 10(1)(a) to be unconstitutional or inoperative in whole or in part.

The gist of the court's reversal of the judge's exclusion of the evidence is contained in this passage of the judgment, at p. 360:

In this case, there was evidence of a choke hold having been used by an officer and of the accused being handcuffed and required to remain seated, clad only in shorts, on a couch while the search was being carried out. There was some conflicting evidence. As the trial judge did not consider that evidence in relation to the question whether the administration of justice would be brought into disrepute by admitting the evidence of the finding of the narcotics and paraphernalia, this court cannot determine whether there were grounds which would have justified exclusion. On the grounds upon which the exclusion order was based, it was wrong in law.

The Court of Appeal then quashed the acquittal and ordered a new trial.

En outre, la cour a souligné que les raisons et la conduite des policiers n'étaient pas des motifs que l'appelant avait soulevés pour faire écarter les éléments de preuve aux termes du par. 24(2). Encore une fois, seule l'inconstitutionnalité du mandat a été soulevée. Par conséquent, la Cour d'appel a conclu que bien que les renseignements sur le «passé» du suspect aient été pertinents relativement aux deux questions, soit [TRADUCTION] «le caractère non abusif de la perquisition [étant donné la conclusion de constitutionnalité] et l'exclusion», le juge, compte tenu des questions dont il était saisi, a eu raison d'écarter ces éléments de preuve. La cour a ensuite dit à la p. 358:

[TRADUCTION] ... que la décision d'écarter les éléments de preuve était entièrement fondée sur la conclusion que les mandats de main-forte n'étaient pas compatibles avec l'art. 8 de la *Charte*. Vu la conclusion qu'il n'y avait pas d'incompatibilité, l'application de l'art. 24 par le juge du procès était mal fondée. Mais même si le mandat n'était pas compatible avec la *Charte*, ce ne pouvait être en soi un motif suffisant pour écarter les éléments de preuve, particulièrement dans un cas où la perquisition a eu lieu à une époque où aucun tribunal n'avait jugé que l'al. 10(1)a) était inconstitutionnel ou inopérant en totalité ou en partie.

L'essentiel des motifs que la cour a retenus pour renverser l'exclusion des éléments de preuve par le juge se trouve dans ce passage du jugement à la p. 360:

[TRADUCTION] En l'espèce, la preuve indique qu'un policier avait employé la prise à la gorge et passé les menottes à l'accusé qui a dû demeurer assis, vêtu seulement d'un caleçon, sur un canapé pendant la durée de la perquisition. Il y avait certains éléments de preuve contradictoires. Étant donné que le juge du procès n'a pas examiné ces éléments de preuve en liaison avec la question de savoir si l'administration de la justice était susceptible d'être déconsidérée par utilisation en preuve des stupéfiants et des accessoires, cette cour ne peut conclure à l'existence de motifs justifiant l'exclusion. Vu les motifs sur lesquels l'ordonnance d'exclusion a été fondée, elle était erronée en droit.

La Cour d'appel a alors annulé l'acquiescement et a ordonné un nouveau procès.

The Law

Section 10(1)(a) of the *Narcotic Control Act* authorizes the search of a dwelling-house only when the peace officer has a writ of assistance issued under s. 10(3) or a search warrant issued under s. 10(2). The appellant has challenged writs of assistance as inadequate under ss. 7 and 8 of the *Charter* on the ground that there is no prior judicial authorization for the search. The Crown in its factum states that it does not intend to uphold the validity of s. 10(1)(a) and s. 10(3) in so far as they relate to writs of assistance, and those provisions have since been repealed (S.C. 1985, c. 19, s. 200). It thus is no longer necessary to answer the constitutional question stated by the Chief Justice relating to the constitutionality of those provisions. However, for the purposes of this appeal, we should assume that writs of assistance are constitutionally inadequate for the search of a dwelling-house under s. 10(1)(a). As a result, because the police officers did not have a search warrant, we must conclude that the search was unreasonable.

The only issue before us, and it is a narrow one, is whether the trial judge erred when he found on the sole fact that the search was carried out under the authority of a writ of assistance rather than a search warrant, that admission of the evidence obtained as a result thereof would bring the administration of justice into disrepute.

I agree with the Court of Appeal that a new trial should be ordered. Applying the guidelines which I set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, to the facts of this case as those facts now stand and the grounds advanced by the appellant at trial, I would conclude that the evidence should not have been excluded. First, there is no suggestion in the record that the admission of this evidence had any bearing on the fairness of the trial. Furthermore, while it is true that the object of the unreasonable search was a dwelling-house, which renders the violation more serious, the search was

Le droit

L'alinéa 10(1)a) de la *Loi sur les stupéfiants* n'autorise la perquisition dans une maison d'habitation que si l'agent de la paix est muni d'un mandat de main-forte aux termes du par. 10(3) ou d'un mandat de perquisition aux termes du par. 10(2). L'appelant a plaidé que les mandats de main-forte étaient inadéquats vu les art. 7 et 8 de la *Charte* parce que la perquisition n'avait pas été autorisée au préalable par un juge. Le ministère public dans son mémoire déclare qu'il n'a pas l'intention de soutenir la validité de l'al. 10(1)a) et du par. 10(3) dans la mesure où ils s'appliquent aux mandats de main-forte, étant donné que ces dispositions ont depuis lors été abrogées (voir S.C. 1985, chap. 19, art. 200). Il n'est donc plus nécessaire de répondre à la question constitutionnelle énoncée par le Juge en chef relativement à la constitutionnalité de ces articles. Toutefois aux fins de ce pourvoi, nous présumerons que les mandats de main-forte sont inadéquats du point de vue constitutionnel pour permettre la perquisition dans une maison d'habitation en vertu de l'al. 10(1)a). En conséquence, comme les policiers n'avaient pas de mandat de perquisition, nous devons conclure que la perquisition était abusive.

La seule question qui reste, et elle est restreinte, est de savoir si le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a conclu, sur le seul fait que la perquisition a été effectuée en vertu d'un mandat de main-forte et non d'un mandat de perquisition, que l'utilisation des éléments de preuve ainsi obtenus est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Je conviens avec la Cour d'appel qu'un nouveau procès doit être ordonné. Appliquant les lignes directrices, que je propose dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, aux faits de l'espèce tels qu'ils se présentent maintenant et dans le contexte des moyens avancés par l'appelant au procès, je conclus que les éléments de preuve n'auraient pas dû être écartés. Tout d'abord, rien dans le dossier ne laisse entendre que l'utilisation de ces éléments de preuve ait eu un effet quelconque sur le caractère équitable du procès. En outre, bien qu'il soit vrai que l'objet de la perquisition abusive était une

alleged to be unreasonable only because the police officers relied on a writ of assistance when a search warrant was required. The officers proceeded under a writ of assistance rather than a search warrant because they believed in good faith that they could rely on a writ of assistance, as such writs had not yet been challenged under the *Charter*. It is worth underlining, too, that this is a narcotics case where, as the Court of Appeal observed, special enforcement techniques have been utilized throughout the world. The appellant did not question the police officers' grounds for the search and the trial judge, because of his disposition of the case, did not make a finding as to whether the officers had reasonable grounds as required by the statute. This question should be resolved at the new trial. Finally, the conduct of Constable Gillis in grabbing the appellant by the throat was not a ground upon which the appellant argued for exclusion of the evidence. As a result, the violation of the *Charter* was not sufficiently serious to justify excluding the evidence.

This is not to say that the application for exclusion could not have succeeded had the appellant advanced other grounds, such as the manner in which the search was carried out. But this the appellant is estopped from arguing here because of his objection to the adduction of the most relevant facts relating to the reason for the violence of the entry and handling of the appellant. That ground could be raised at the new trial, but it might then make this information relevant and admissible. If the information the constable had was that the appellant is a violent person who has assaulted peace officers when arrested on previous occasions, I cannot see what then in the manner the search was carried out would have the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute.

I would therefore dismiss this appeal.

maison d'habitation, ce qui rend la violation plus grave, on a prétendu que la perquisition était abusive seulement parce que les policiers ont utilisé un mandat de main-forte alors qu'un mandat de perquisition était nécessaire. Les policiers ont utilisé un mandat de main-forte au lieu d'un mandat de perquisition parce qu'ils croyaient en toute bonne foi qu'ils pouvaient le faire puisque les mandats de main-forte n'avaient pas encore été contestés en vertu de la *Charte*. Il importe de souligner aussi qu'il s'agit d'une affaire de stupéfiants qui, comme la Cour d'appel le fait remarquer, nécessite le recours à des techniques policières spéciales comme on le fait de par le monde. L'appellant n'a pas mis en doute les motifs des policiers effectuant la perquisition et le juge du procès, vu sa décision, n'a pas conclu sur le point de savoir si les policiers avaient des motifs raisonnables pour agir, comme le requiert la loi. Cette question devrait être résolue au nouveau procès. Enfin, la conduite de l'agent Gillis qui a attrapé l'appellant à la gorge n'est pas un motif invoqué par ce dernier pour demander l'exclusion des éléments de preuve. En définitive, la violation de la *Charte* n'était pas assez grave pour justifier d'écarter les éléments de preuve.

Cela ne veut pas dire que la demande d'exclusion n'aurait pas réussi si l'appellant avait présenté d'autres moyens, comme la manière dont la perquisition a été effectuée. Mais l'appellant ne peut soulever ce point en l'espèce puisqu'il s'est opposé à la présentation des faits les plus pertinents relativement à la raison de la violence de l'entrée et du traitement qu'on lui a infligé. Ce moyen pourrait être soulevé au nouveau procès, mais cela pourrait alors rendre ce renseignement pertinent et admissible. Si le renseignement dont disposait l'agent portait que l'appellant est une personne violente qui avait commis des voies de fait contre des agents de la paix lors d'arrestations antérieures, je ne peux alors voir ce qui dans la manière dont la perquisition a été effectuée ferait que l'admission des éléments de preuve risquerait de déconsidérer l'administration de la justice.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.— I agree that this appeal should be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Turnham, Green, Higinbotham & Woodland, Victoria.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE—Je suis d'avis que ce pourvoi doit être rejeté.

a Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant: Turnham, Green, Higinbotham & Woodland, Victoria.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Lucette Labrosse *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LABROSSE

File No.: 19093.

1986: October 29; 1987: April 9.

Present: Beetz, McIntyre, Chouinard*, Lamer and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Fortune telling — Defence of honest belief — No basis for accused's that she had special powers to predict future — Defence of honest belief not open on the facts of this case — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 323(b).

The Municipal Court of Montréal convicted appellant of fortune telling, contrary to s. 323(b) of the *Criminal Code* which provides that "Every one who fraudulently . . . undertakes, for a consideration, to tell fortunes . . . is guilty of an offence punishable on summary conviction". She testified at trial that she enjoyed special powers to predict the future, but the judge did not believe her. On a trial *de novo*, the Superior Court judge quashed the conviction and entered an acquittal. The Court of Appeal restored the conviction.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McIntyre, Lamer and La Forest JJ.: Given the trial judge's finding that the accused knew full well that she had no basis for her claim to be able to predict people's futures, the defence of honest belief was not open on the facts of this case.

Per Beetz J.: I agree with the conclusion of McIntyre, Lamer and La Forest JJ. that the appeal should be dismissed.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 323(b).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1984), 17 C.C.C. (3d) 283, allowing the Crown's appeal from a judgment of

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Lucette Labrosse *Appelante*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LABROSSE

N° du greffe: 19093.

b 1986: 29 octobre; 1987: 9 avril.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Chouinard*, Lamer et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Dire la bonne aventure — Défense de croyance honnête — Aucun fondement à la prétention de l'accusée qu'elle avait des pouvoirs spéciaux de prescience — Pas de recours possible à la défense de croyance honnête vu les faits — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 323b).

La Cour municipale de Montréal a déclaré l'appelante coupable d'avoir dit la bonne aventure, contrairement à l'al. 323b) du *Code criminel*, selon lequel «Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque frauduleusement . . . entreprend, moyennant contrepartie, de dire la bonne aventure». Elle a témoigné au procès qu'elle jouissait de pouvoirs spéciaux de prescience, mais le juge ne l'a pas crue. Au procès *de novo*, la Cour supérieure a annulé la condamnation et un acquittement a été inscrit. La Cour d'appel a rétabli la condamnation.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges McIntyre, Lamer et La Forest: Vu la conclusion du juge du procès que l'accusée savait pertinemment qu'elle n'avait aucun fondement pour prétendre pouvoir dire l'avenir, elle ne pouvait se prévaloir de la défense de croyance honnête.

Le juge Beetz: Je suis d'accord avec la conclusion des juges McIntyre, Lamer et La Forest que le pourvoi doit être rejeté.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 323b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1984), 17 C.C.C. (3d) 283, qui a accueilli un appel du ministère public à l'encontre

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

Paradis J.¹, allowing the accused's appeal on a trial *de novo* from her conviction for fortune telling contrary to s. 323(b) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

Ivan Lerner, for the appellant.

Germain Tremblay and *Jean-Pierre Bessette*, for the respondent.

The judgment of McIntyre, Lamer and La Forest JJ. was delivered by

MCINTYRE, LAMER AND LA FOREST JJ.—The appellant was charged with having fraudulently undertaken, for a consideration, to tell fortunes, an offence punishable on summary conviction under s. 323(b) of the *Criminal Code*.

Section 323(b) states:

323. Every one who fraudulently

(b) undertakes, for a consideration, to tell fortunes,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

The appellant was tried before Judge Tourangeau of the Montréal Municipal Court. The evidence established that she had told the fortune of a police officer for \$15, and that she regularly told fortunes for a small fee, usually \$15. She testified to the fact that she had enjoyed, since her childhood, special powers to predict the future. The trial judge found that what she believed was irrelevant, and in any event he disbelieved her. He read down the meaning usually given to the word "fraudulently" in a charging section and said that it was there to ensure that people who do not purport to enjoy special powers and who do it for amusement, as one often sees in tombolas or amusement parks, not be convicted.

d'un jugement du juge Paradis¹, qui avait accueilli l'appel de l'accusée interjeté par procès *de novo* contre sa condamnation pour avoir dit la bonne aventure contrairement à l'al. 323b) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

Ivan Lerner, pour l'appelante.

Germain Tremblay et *Jean-Pierre Bessette*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges McIntyre, Lamer et La Forest rendu par

LES JUGES MCINTYRE, LAMER ET LA FOREST —L'appelante a été accusée d'avoir frauduleusement entrepris, moyennant contrepartie, de dire la bonne aventure, une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité aux termes de l'al. 323b) du *Code criminel*.

L'alinéa 323b) prévoit:

323. Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque frauduleusement

b) entreprend, moyennant contrepartie, de dire la bonne aventure;

L'appelante a subi son procès devant le juge Tourangeau de la Cour municipale de Montréal. Il ressort de la preuve qu'elle a dit la bonne aventure à un policier moyennant la somme de 15 \$ et qu'elle le faisait régulièrement pour un petit montant d'argent, habituellement 15 \$. Elle a témoigné qu'elle jouissait, depuis son enfance, de pouvoirs spéciaux de prescience. Le juge du procès a conclu que ce qu'elle croyait n'était pas pertinent et que de toute façon il ne la croyait pas. Il a atténué le sens habituellement donné au terme «frauduleusement» dans un article qui crée une infraction et a dit que ce mot s'y trouvait pour faire en sorte que les personnes qui ne prétendent pas jouir de pouvoirs spéciaux et qui disent la bonne aventure à des fins d'amusement, comme on le voit souvent dans les tombolas ou les parcs d'attraction, ne soient pas déclarées coupables.

¹ Mtl. Sup. Ct., No. 500-36-000016-801, June 16, 1980.

¹ C.S. Mtl., n° 500-36-000016-801, 16 juin 1980.

In appeal, *de novo*, the conviction was quashed and an acquittal entered. The Superior Court judge merely stated that there was no evidence that she had said anything fraudulent.

The Court of Appeal restored the conviction.

The issue involves the meaning to be given to the word “fraudulently” and its effect in the section, and in particular whether an accused should be convicted of fraudulently undertaking for a consideration to tell fortunes if he honestly believed that he had the power to tell fortunes. However, given the finding of fact by the trial judge that [TRANSLATION] “The accused knows full well that she has no basis for her claim to be able to predict what will happen in people’s futures”, we are agreed that the defence of honest belief is not open on the facts of this case.

The appeal is dismissed.

The following are the reasons delivered by

BEETZ J.—I agree with the conclusion of McIntyre, Lamer and La Forest JJ. that the appeal should be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Ivan Lerner, Montréal.

Solicitors for the respondent: Germain Tremblay and Jean-Pierre Bessette, Montréal.

En appel *de novo*, la déclaration de culpabilité a été annulée et un acquittement a été inscrit. Le juge de la Cour supérieure a simplement déclaré que la preuve ne soulevait aucun propos frauduleux.

La Cour d’appel a rétabli la déclaration de culpabilité.

Le litige soulève la question du sens à donner au terme «frauduleusement» et de son effet dans l’article, en particulier la question de savoir si un accusé doit être déclaré coupable d’avoir entrepris, moyennant contrepartie, de dire la bonne aventure s’il croit honnêtement avoir le pouvoir de le faire. Toutefois, vu la conclusion de fait du juge du procès que «L’accusée sait pertinemment qu’elle n’a aucun fondement à ses prétentions de pouvoir dire ce qui va survenir dans l’avenir des gens», nous sommes d’avis qu’elle ne peut se prévaloir de la défense de croyance honnête étant donné les faits de l’espèce.

Le pourvoi est rejeté.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BEETZ—Je suis d’accord avec la conclusion des juges McIntyre, Lamer et La Forest que le pourvoi doit être rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l’appelante: Ivan Lerner, Montréal.

Procureurs de l’intimée: Germain Tremblay et Jean-Pierre Bessette, Montréal.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 1987 Vol. 1

3^e cahier, 1987 Vol. 1

Cited as [1987] 1 S.C.R. 313-498

Renvoi [1987] 1 R.C.S. 313-498

NOTICE TO THE PROFESSION

In accordance with section 103 of the Supreme Court Act, the *Rules of the Supreme Court of Canada*, made on January 10, 1983, are hereby amended in accordance with the schedule below.

SCHEDULE

1. Rule 18 of the *Rules of the Supreme Court of Canada* is revoked and the following substituted therefor:

“18. (1) Any person interested in an appeal or a reference may, by leave of a Judge, intervene therein upon such terms and conditions and with such rights and privileges as the Judge may determine.

(2) An application for intervention shall be made by filing and serving a notice of motion supported by affidavit within 30 days after the filing of the notice of appeal or reference and shall be heard on a date to be fixed by the Registrar.

(3) An application for intervention shall briefly

- (a) describe the intervener and the intervener's interest in the appeal or reference;
- (b) identify the position to be taken by the intervener on the appeal or reference; and
- (c) set out the submissions to be advanced by the intervener, their relevancy to the appeal or reference and the reasons for believing that the submissions will be useful to the Court and different from those of the other parties.

(4) An intervener has the right to file a factum.

(5) Unless otherwise ordered by a Judge, an intervener

- (a) shall not file a factum that exceeds 20 pages;
- (b) shall be bound by the case on appeal and may not add to it; and
- (c) shall not present oral argument.

(6) The order granting leave to intervene shall specify the filing date for the factum of the intervener and shall, unless there are exceptional

AVIS AUX AVOCATS

En vertu de l'article 103 de la Loi sur la Cour suprême, les *Règles de la Cour suprême du Canada*, édictées le 10 janvier 1983, sont modifiées conformément à l'annexe ci-dessous.

ANNEXE

1. L'article 18 des *Règles de la Cour suprême du Canada* est abrogé et remplacé par ce qui suit:

«18. (1) Toute personne ayant un intérêt dans un pourvoi ou un renvoi peut y intervenir avec l'autorisation d'un juge, aux conditions et avec les droits et privilèges que celui-ci peut établir.

(2) La demande d'intervention se fait par la production et la signification, dans les 30 jours de la production de l'avis de pourvoi ou de renvoi, d'un avis de requête appuyé d'un affidavit; la demande est instruite le jour fixé par le registraire.

(3) La demande d'intervention expose brièvement ce qui suit:

- a) l'identité de l'intervenant et l'intérêt qu'il a dans le pourvoi ou le renvoi;
- b) la position qu'il prendra dans le pourvoi ou le renvoi;
- c) les allégations qu'il présentera, leur pertinence au pourvoi ou au renvoi et les raisons qui l'amènent à croire qu'elles seront utiles à la Cour et différentes de celles des autres parties.

(4) L'intervenant peut produire un mémoire.

(5) Sauf ordonnance contraire d'un juge, l'intervenant:

- a) ne peut produire un mémoire de plus de 20 pages;
- b) est limité au contenu du dossier et ne peut rien y ajouter;
- c) ne peut plaider.

(6) L'ordonnance autorisant l'intervention précise la date de production du mémoire de l'intervenant et, sauf circonstances exceptionnelles,

circumstances, make provisions as to additional disbursements incurred by the appellant or the respondent as a result of the intervention.

(7) Subsections (1) to (3), paragraphs (5)(a) and (c) and subsection (6) do not apply to an attorney general who files a notice of intervention referred to in subsection 32(4).^a

(8) Paragraphs (5)(a) and (c) do not apply to an attorney general referred to in subsection 32(7).^b

2. Subsection 32(4) of the said Rules is revoked and the following substituted therefor:

“(4) Upon a motion, the Chief Justice or a Judge shall state the question or questions and direct service of the question or questions upon the Attorney General of Canada and the attorneys general of all the provinces within the time fixed by the Chief Justice or Judge together with notice that any of them who intends to intervene, whether or not the attorney general wishes to be heard, shall, within a time fixed in the notice that is not less than four weeks after the date of the notice, file a notice of intervention in Form C.”^c

The full text of the above amendment, including new Form C, is published in the Canada Gazette Part II, Vol. 121, No. 12 (SOR/87-292).^d

les, prévoit comment seront supportés les débours supplémentaires faits par l'appelant ou l'intimé du fait de l'intervention.

(7) Les paragraphes (1) à (3), les alinéas (5)a, et c) et le paragraphe (6) ne s'appliquent pas au procureur général qui dépose l'avis d'intervention visé au paragraphe 32(4).^a

(8) Les alinéas (5)a) et c) ne s'appliquent pas au procureur général visé au paragraphe 32(7).^b

2. Le paragraphe 32(4) des mêmes règles est abrogé et remplacé par ce qui suit:

«(4) Sur requête, le Juge en chef ou un juge formule la question et en ordonne la signification, dans le délai qu'il fixe, au procureur général du Canada et aux procureurs généraux de toutes les provinces, avec avis que ceux qui veulent intervenir—qu'ils désirent ou non plaider—doivent déposer dans le délai précisé dans l'avis, non inférieur à quatre semaines à compter de la date de l'avis, un avis d'intervention conforme à la formule C.»^c

Le texte intégral de la modification ci-dessus, y compris la nouvelle formule C, est publié dans la Gazette du Canada Partie II, Vol. 121, N° 12 (DORS/87-292).^d



REGISTRAR REGISTRAIRE

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

Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1987.

CONTENTS

PSAC v. Canada 424

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Federal legislation extending collective agreements of public sector employees and fixing wage increases for a two-year period — Right of employees to bargain collectively impaired — Whether federal legislation violated s. 2(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter — Public Sector Compensation Restraint Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 122.

Civil rights — Equality before the law — Federal legislation extending collective agreements of public sector employees and fixing wage increases for a two-year period — Whether federal legislation violated s. 1(b) of the Canadian Bill of Rights — Public Sector Compensation Restraint Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 122.

R. v. Limoges 497

Criminal law — Trial — Charge by judge — Wrong instructions on burden of proof of alibi — Ambiguous statements on need for unanimous verdict — Section 613(1)(b)(iii) of Criminal Code not applicable — New trial ordered.

RWDSU v. Saskatchewan 460

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Provincial legislation temporarily prohibiting strikes and lock-outs in dairy industry — Legislation providing for arbitration — Whether provincial legislation violated s. 2(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s.

Continued on next page

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

Arrêtiiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Révisieur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1987.

SOMMAIRE

AFPC c. Canada 424

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Loi fédérale prorogeant les conventions collectives des salariés du secteur public et fixant pour deux ans leurs hausses salariales — Atteinte au droit des salariés de négocier collectivement — Cette loi fédérale viole-t-elle l'art. 2d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur les restrictions salariales du secteur public, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122.

Libertés publiques — Égalité devant la loi — Loi fédérale prorogeant les conventions collectives des salariés du secteur public et fixant pour deux ans leurs hausses salariales — Cette loi fédérale viole-t-elle l'art. 1b) de la Déclaration canadienne des droits? — Loi sur les restrictions salariales du secteur public, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122.

R. c. Limoges 497

Droit criminel — Procès — Exposé du juge — Directives erronées relativement au fardeau de la preuve en matière d'alibi — Propos ambigus sur la nécessité d'un verdict unanime — Non-applicabilité de l'art. 613(1)(b)(iii) du Code criminel — Nouveau procès ordonné.

Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act* (Alb.) 313

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Portée de la protection dans le domaine des relations de travail — Législation provinciale interdisant les grèves et les lock-out — Recours à l'arbitrage prescrit par la législation —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Reference re *Public Service Employee Relations Act* 313

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Scope of protection in labour relations context — Provincial legislation prohibiting strikes and lock-outs — Legislation providing for arbitration — Whether provincial legislation violated s. 2(d) of the Charter — If infringed, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter — Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 1980, c. P-33, ss. 48, 49, 50, 55, 93, 94 — Labour Relations Act, R.S.A. 1980 (Supp.), c. L-1.1, ss. 117.1, 117.2, 117.3, 117.8 — Police Officers Collective Bargaining Act, S.A. 1983, c. P-12.05, ss. 2(2), 3, 9, 10, 15.

SOMMAIRE (Fin)

La législation provinciale viole-t-elle l'art. 2d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 1980, chap. P-33, art. 48, 49, 50, 55, 93, 94 — Labour Relations Act, R.S.A. 1980 (Supp.), chap. L-1.1, art. 117.1, 117.2, 117.3, 117.8 — Police Officers Collective Bargaining Act, S.A. 1983, chap. P-12.05, art. 2(2), 3, 9, 10, 15.

SDGMR c. Saskatchewan 460

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Loi provinciale interdisant temporairement les grèves et les lock-out dans l'industrie laitière — Loi prescrivant le recours à l'arbitrage — La loi provinciale viole-t-elle l'art. 2d) de la Charte? — Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act, S.S. 1983-84, chap. D-1.1.

IN THE MATTER OF A REFERENCE
under section 27(1) of the *Judicature Act*,
being chapter J-1 of the Revised Statutes of
Alberta, 1980;

AND IN THE MATTER OF the validity of
compulsory arbitration provisions found in
the *Public Service Employee Relations Act*,
the *Labour Relations Act*, and the *Police*
Officers Collective Bargaining Act, being
chapters P-33, L-1.1 and P-12.05 of the
Revised Statutes of Alberta, 1980
respectively;

AND IN THE MATTER OF the exclusion of
certain employees from units for collective
bargaining

between

Alberta Union of Provincial Employees,
Canadian Union of Public Employees and
Alberta International Fire Fighters
Association *Appellants*

and

Attorney General of Manitoba *Intervener for*
the appellants

v.

Attorney General for Alberta *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney
General for Ontario, Attorney General of
Quebec, Attorney General of Nova Scotia,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Prince Edward Island,
Attorney General for Saskatchewan and
Attorney General of Newfoundland
Interveners for the respondent

INDEXED AS: REFERENCE RE *PUBLIC SERVICE*
EMPLOYEE RELATIONS ACT (ALTA.)

File No.: 19234.

1985: June 27, 28; 1987: April 9.

DANS L'AFFAIRE D'UN RENVOI fondé
sur le paragraphe 27(1) de la *Judicature Act*,
R.S.A. 1980, chap. J-1;

^a **ET DANS L'AFFAIRE DE** la validité des
dispositions sur l'arbitrage obligatoire
contenues dans la *Public Service Employee*
Relations Act, la *Labour Relations Act* et la
^b *Police Officers Collective Bargaining Act*,
R.S.A. 1980, chap. P-33, L-1.1 et P-12.05,
respectivement;

^c **DANS L'AFFAIRE DE** l'exclusion de
certains salariés des unités de négociation
collective

entre

^d **Alberta Union of Provincial Employees,**
Syndicat canadien de la fonction publique et
Alberta International Fire Fighters
Association *Appellants*

^e et

Le procureur général du Manitoba
Intervenant pour les appelants

^f c.

Le procureur général de l'Alberta *Intimé*

^g et

^h **Le procureur général du Canada, le procureur**
général de l'Ontario, le procureur général du
Québec, le procureur général de la
Nouvelle-Écosse, le procureur général de la
Colombie-Britannique, le procureur général
de l'Île-du-Prince-Édouard, le procureur
général de la Saskatchewan et le procureur
général de Terre-Neuve *Intervenants pour*
ⁱ *l'intimé*

RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À LA *PUBLIC SERVICE*
EMPLOYEE RELATIONS ACT (ALB.)

^j N° du greffe: 19234.

1985: 27, 28 juin; 1987: 9 avril.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

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

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Scope of protection in labour relations context — Provincial legislation prohibiting strikes and lockouts — Legislation providing for arbitration — Whether provincial legislation violated s. 2(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter — Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 1980, c. P-33, ss. 48, 49, 50, 55, 93, 94 — Labour Relations Act, R.S.A. 1980 (Supp.), c. L-1.1, ss. 117.1, 117.2, 117.3, 117.8 — Police Officers Collective Bargaining Act, S.A. 1983, c. P-12.05, ss. 2(2), 3, 9, 10, 15.

The Lieutenant Governor in Council of Alberta, in accordance with s. 27(1) of the *Judicature Act* of that province, referred to the Alberta Court of Appeal several constitutional questions which raised two main issues: (1) whether the provisions of the *Public Service Employee Relations Act*, the *Labour Relations Act* and the *Police Officers Collective Bargaining Act* of Alberta, which prohibit strikes and impose compulsory arbitration to resolve impasses in collective bargaining, were inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and (2) whether the provisions of the Acts relating to the conduct of the arbitration and which limit the arbitrability of certain items and require the arbitration board to consider certain factors in making the arbitration award were inconsistent with the *Charter*. The first Act applied to public service employees, the second to firefighters and hospital employees and the third to police officers. The majority of the Court of Appeal of Alberta answered the first issue in the negative and declined to answer the second issue. This appeal is to determine whether the Alberta legislation violates the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* and, if so, whether such violation can be justified under s. 1.

Held (Dickson C.J. and Wilson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Beetz, Le Dain and La Forest JJ.: The challenged provisions of the *Public Service Employee Relations Act*, the *Labour Relations Act* and the *Police Officers Collective Bargaining Act* were not inconsistent with the *Charter*. The constitutional guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* does not include, in

a *Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Portée de la protection dans le domaine des relations de travail — Législation provinciale interdisant les grèves et les lock-out — Recours à l'arbitrage prescrit par la législation — La législation provinciale viole-t-elle l'art. 2d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 1980, chap. P-33, art. 48, 49, 50, 55, 93, 94 — Labour Relations Act, R.S.A. 1980 (Supp.), chap. L-1.1, art. 117.1, 117.2, 117.3, 117.8 — Police Officers Collective Bargaining Act, S.A. 1983, chap. P-12.05, art. 2(2), 3, 9, 10, 15.*

Le lieutenant-gouverneur en conseil de l'Alberta, conformément au par. 27(1) de la *Judicature Act* de cette province, a soumis à la Cour d'appel de l'Alberta plusieurs questions constitutionnelles qui soulèvent deux points principaux: (1) Les dispositions de la *Public Service Employee Relations Act*, de la *Labour Relations Act* et de la *Police Officers Collective Bargaining Act* de l'Alberta, qui interdisent le recours aux grèves et imposent l'arbitrage obligatoire pour résoudre les impasses dans la négociation collective, sont-elles incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés*; et (2) les dispositions de ces lois se rapportant à l'arbitrage, qui limitent les points qui peuvent y être soumis et qui obligent le tribunal d'arbitrage à tenir compte de certains facteurs quand il rend sa sentence, sont-elles incompatibles avec la *Charte*. La première de ces lois s'applique aux employés de la fonction publique, la seconde aux pompiers et aux employés d'hôpitaux et la troisième aux agents de police. La Cour d'appel de l'Alberta à la majorité a répondu à la première question par la négative et a refusé de répondre à la seconde. Le présent pourvoi a pour objet de décider si la législation albertaine viole la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si cette violation peut être justifiée en vertu de l'article premier.

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

Les juges Beetz, Le Dain et La Forest: Les dispositions contestées de la *Public Service Employee Relations Act*, de la *Labour Relations Act* et de la *Police Officers Collective Bargaining Act* ne sont pas incompatibles avec la *Charte*. La garantie constitutionnelle de la liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la

* Chouinard J. took no part in the judgment.

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

the case of a trade union, a guarantee of the right to bargain collectively and the right to strike. In considering the meaning that must be given to freedom of association in s. 2(d) of the *Charter*, it is essential to keep in mind that this concept must be applied to a wide range of associations or organizations of a political, religious, social or economic nature, with a wide variety of objects, as well as activity by which the objects may be pursued. It is in this larger perspective, and not simply with regard to the perceived requirements of a trade union, however important they may be, that one must consider the implications of extending a constitutional guarantee, under the concept of freedom of association, to the right to engage in particular activity on the ground that the activity is essential to give an association meaningful existence.

In considering whether it is reasonable to ascribe such a sweeping intention to the *Charter*, the premise that without such additional constitutional protection the guarantee of freedom of association would be a meaningless and empty one must be rejected. Freedom of association is particularly important for the exercise of other fundamental freedoms, such as freedom of expression and freedom of conscience and religion. These afford a wide scope for protected activity in association. Moreover, the freedom to work for the establishment of an association, to belong to an association, to maintain it, and to participate in its lawful activity without penalty or reprisal is not to be taken for granted. That is indicated by its express recognition and protection in labour relations legislation. It is a freedom that has been suppressed in varying degrees from time to time by totalitarian regimes.

What is in issue here is not the importance of freedom of association in this sense but whether particular activity of an association in pursuit of its objects is to be constitutionally protected or left to be regulated by legislative policy. The rights for which constitutional protection are sought—the modern rights to bargain collectively and to strike, involving correlative duties or obligations resting on an employer—are not fundamental rights or freedoms. They are the creation of legislation, involving a balance of competing interests in a field which has been recognized by the courts as requiring a specialized expertise. It is surprising that, in an area in which this Court has affirmed a principle of judicial restraint in the review of administrative action, this Court should be considering the substitution of its judgment for that of the Legislature by constitutionalizing in general and abstract terms rights which the Legislature

Charte ne comprend pas, dans le cas d'un syndicat, la garantie du droit de négocier collectivement et du droit de faire la grève. En examinant le sens qu'il faut donner à l'expression liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la *Charte*, il est essentiel de garder à l'esprit que cette notion doit viser toute une gamme d'associations ou d'organisations de nature politique, religieuse, sociale ou économique, ayant des objectifs très variés, de même que les activités qui permettent de poursuivre ces objectifs. C'est dans cette perspective plus large et non simplement en fonction des prétendues exigences d'un syndicat, si importantes soient-elles, que l'on doit examiner l'incidence de l'extension d'une garantie constitutionnelle, qui se présente sous la forme du concept de la liberté d'association, au droit d'exercer une certaine activité pour le motif qu'elle est essentielle si l'on veut qu'une association ait une existence significative.

En se demandant s'il est raisonnable de prêter une intention aussi générale à la *Charte*, on doit rejeter la prémisse selon laquelle, sans cette protection constitutionnelle supplémentaire, la liberté d'association garantie serait vide de sens. La liberté d'association est particulièrement importante pour l'exercice d'autres libertés fondamentales comme la liberté d'expression et la liberté de conscience et de religion. Celles-ci présentent un large champ de protection d'activités collectives. De plus, la liberté de travailler à la constitution d'une association, d'appartenir à une association, de la maintenir et de participer à ses activités licites sans faire l'objet d'une peine ou de représailles ne doit pas être tenue pour acquise. Cela ressort de sa reconnaissance et de sa protection expresses dans la législation en matière de relations de travail. C'est une liberté qui a été plus ou moins supprimée à l'occasion par des régimes totalitaires.

Ce qui est en cause en l'espèce est non pas l'importance de la liberté d'association en ce sens, mais la question de savoir si une activité particulière qu'exerce une association en poursuivant ses objectifs, doit être protégée par la Constitution ou faire l'objet d'une réglementation par voie de politiques législatives. Les droits au sujet desquels on réclame la protection de la Constitution, savoir les droits contemporains de négocier collectivement et de faire la grève, qui comportent pour l'employeur des responsabilités et obligations corrélatives, ne sont pas des droits ou libertés fondamentaux. Ce sont des créations de la loi qui mettent en jeu un équilibre entre des intérêts opposés dans un domaine qui, les tribunaux l'ont reconnu, exige une compétence spéciale. Il est étonnant que, dans un domaine où cette Cour a affirmé un principe de retenue judiciaire pour ce qui est de contrôler des mesures administratives, celle-ci

has found it necessary to define and qualify in various ways according to the particular field of labour relations involved. The resulting necessity of applying s. 1 of the *Charter* to a review of particular legislation in this field demonstrates the extent to which the Court becomes involved in a review of legislative policy for which it is really not fitted.

Per McIntyre J.: The freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* did not give constitutional protection to the right of a trade union to strike as an incident to collective bargaining. Freedom of association under the *Charter* means the freedom to engage collectively in those activities which are constitutionally protected for each individual. It means also the freedom to associate for the purposes of activities which are lawful when performed alone. Freedom of association, however, does not vest independent rights in the group. People cannot, by merely combining together, create an entity which has greater constitutional rights and freedoms than they, as individuals, possess. The group can exercise only the constitutional rights of its members on behalf of those members. It follows as well that the rights of the individual members of the group cannot be enlarged merely by the fact of association. Therefore, the association does not acquire a constitutionally guaranteed freedom to do what is unlawful for the individual. This definition fully realizes the purpose of freedom of association which is to ensure that various goals may be pursued in common as well as individually. When this definition of freedom of association is applied, it is clear that freedom of association does not guarantee the right to strike. Since the right to strike is not independently protected under the *Charter*, it can receive protection under freedom of association only if it is an activity which is permitted by law to an individual.

Further, read in the context of the whole *Charter*, s. 2(d) cannot support an interpretation of freedom of association which could include a right to strike. Although strikes are commonplace in Canada and have been for many years, the framers of the Constitution did not include a specific reference to the right to strike in the *Charter*. This omission, taken with the fact that the overwhelming preoccupation of the *Charter* is with individual, political, and democratic rights with conspicuous inattention to economic and property rights, speaks strongly against any implication of a right to strike.

doive examiner la possibilité de substituer son opinion à celle du législateur en constitutionnalisant, en termes généraux et abstraits, des droits que le législateur a jugé nécessaire de définir et d'édulcorer de diverses façons selon le domaine particulier des relations de travail en cause. La nécessité qui résulte d'appliquer l'article premier de la *Charte* à l'examen d'une mesure législative particulière dans ce domaine démontre jusqu'à quel point la Cour devient appelée à assumer une fonction de contrôle de politiques législatives qu'elle n'est vraiment pas faite pour assumer.

Le juge McIntyre: La liberté d'association à l'al. 2d) de la *Charte* ne confère pas une protection constitutionnelle au droit d'un syndicat de faire la grève à titre d'accessoire de la négociation collective. La liberté d'association au sens de la *Charte* signifie la liberté d'exercer collectivement des activités que la Constitution garantit à chaque individu. Elle s'entend aussi de la liberté de s'associer pour exercer les activités qui sont licites lorsqu'elles sont exercées par un seul individu. La liberté d'association ne saurait toutefois conférer des droits indépendants au groupe. Les gens ne peuvent pas, simplement en se joignant à d'autres, créer une entité qui a des droits et des libertés constitutionnels plus grands que ceux que possèdent les individus. Le groupe ne peut exercer, au nom de ses membres, que les droits constitutionnels dont ils jouissent individuellement. Il s'ensuit aussi que les droits dont jouissent individuellement les membres du groupe ne sauraient être élargis du simple fait de l'association. Donc, l'association n'acquiert aucune liberté garantie par la Constitution de faire ce qui est illicite pour l'individu de faire. Cette définition donne tout son sens à l'objet de l'association, qui est d'assurer que diverses fins puissent être poursuivies collectivement aussi bien qu'individuellement. Lorsqu'on applique cette définition de la liberté d'association, il devient manifeste qu'elle ne garantit pas le droit de faire la grève. Comme le droit de grève ne jouit d'aucune garantie indépendante en vertu de la *Charte*, la liberté d'association ne le protège que s'il s'agit d'une activité que la loi permet à l'individu d'exercer.

En outre, si l'al. 2d) est interprété en fonction de l'ensemble de la *Charte*, il ne saurait justifier une interprétation de la liberté d'association qui pourrait inclure le droit de grève. Même si les grèves sont fréquentes au Canada, et ce, depuis plusieurs années, les rédacteurs de la Constitution n'ont inclus aucune mention expresse du droit de grève dans la *Charte*. Cette omission, en plus du fait que la *Charte* se préoccupe d'abord et avant tout des droits individuels, politiques et démocratiques et qu'elle se désintéresse manifestement des droits économiques et des droits de propriété, joue fortement contre tout droit de grève implicite.

Finally, it must be recognized that the right to strike accorded by legislation throughout Canada is of relatively recent vintage. It cannot be said that at this time it has achieved status as a fundamental right which should be implied in the absence of specific reference in the *Charter*.

Consequently, the provisions of the *Public Service Employee Relations Act*, the *Labour Relations Act* and the *Police Officers Collective Bargaining Act* which prohibited the use of strikes and lockouts were not inconsistent with the provisions of the *Charter* since the *Charter* does not guarantee a right to strike. The provisions of the Acts which related to the conduct of arbitration were also not inconsistent with the *Charter*, since the *Charter* does not guarantee a specific form of dispute resolution as a substitute for the right to strike.

Per Dickson C.J. and Wilson J. (dissenting): The purpose of the constitutional guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* is to recognize the profoundly social nature of human endeavours and to protect the individual from state-enforced isolation in the pursuit of his or her ends. While s. 2(d), at a minimum, guarantees the liberty of persons to be in association or belong to an organization, it must extend beyond a concern for associational status in order to give effective protection to the interests to which the constitutional guarantee is directed and must protect the pursuit of the activities for which the association was formed. What freedom of association seeks to protect, however, is not associational activities *qua* particular activities, but the freedom of individuals to interact with, support and be supported by, their fellow humans in the varied activities in which they choose to engage. But this is not an unlimited constitutional licence for all group activity. The mere fact that an activity is capable of being carried out by several people together, as well as individually, does not mean that the activity acquires constitutional protection from legislative prohibition or regulation. The overarching consideration remains whether a legislative enactment or administrative action interferes with the freedom of persons to join and act with others in common pursuits. The legislative purpose which will render legislation invalid is the attempt to preclude associational conduct because of its concerted or associational nature.

In the context of labour relations, the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* includes not only the freedom to form and join associations but also the freedom to bargain collectively and to strike.

Enfin, il faut reconnaître que le droit de grève conféré par la loi partout au Canada est une chose relativement récente. On ne peut dire actuellement qu'il a atteint le statut d'un droit fondamental qui doit être considéré comme implicite en l'absence de mention expresse dans la *Charte*.

Par conséquent, les dispositions de la *Public Service Employee Relations Act*, de la *Labour Relations Act* et de la *Police Officers Collective Bargaining Act* qui interdisent le recours aux lock-out et aux grèves ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la *Charte* puisque la *Charte* ne garantit pas le droit de grève. Les dispositions de ces lois qui se rapportent à l'arbitrage ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la *Charte*, puisque la *Charte* ne garantit aucune forme particulière de règlement des différends comme substitut au droit de grève.

Le juge en chef Dickson et le juge Wilson (dissidents): La garantie constitutionnelle de la liberté d'association, que l'on trouve à l'al. 2d) de la *Charte*, vise à reconnaître la nature sociale profonde des entreprises humaines et à protéger l'individu contre tout isolement imposé par l'État dans la poursuite de ses fins. L'alinéa 2d), à tout le moins, garantit aux personnes la liberté d'être associées ou d'appartenir à une organisation, néanmoins il doit, en plus de s'intéresser au statut d'associé, accorder une protection efficace aux intérêts que vise la garantie constitutionnelle et protéger l'exercice des activités mêmes pour lesquelles l'association a été formée. Ce que la liberté d'association vise à protéger, cependant, ce ne sont pas les activités de l'association en tant qu'activités particulières, mais la liberté des individus d'interagir avec d'autres êtres humains, de les aider et d'être aidés par eux dans les diverses activités qu'ils choisissent d'exercer. Mais ce n'est pas là une autorisation constitutionnelle illimitée pour toute action collective. Le simple fait qu'une activité puisse être exercée par plusieurs personnes ensemble, aussi bien qu'individuellement, ne signifie pas que l'activité se voit conférer une protection constitutionnelle contre toute interdiction ou réglementation législative. Le facteur primordial demeure la question de savoir si un texte législatif ou un acte administratif porte atteinte à la liberté des personnes de se joindre à d'autres et de poursuivre avec elles des objectifs communs. L'objectif d'une loi qui a pour effet de la rendre invalide est la tentative d'interdire un comportement collectif en raison de sa nature concertée ou collective.

Dans le domaine des relations de travail, la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la *Charte* comprend non seulement la liberté de former des associations et d'y adhérer, mais aussi celle de négocier collectivement

The role of association has always been vital as a means of protecting the essential needs and interests of working people. Throughout history, workers have associated to overcome their vulnerability as individuals to the strength of their employers, and the capacity to bargain collectively has long been recognized as one of the integral and primary functions of associations of working people. It remains vital to the capacity of individual employees to participate in ensuring equitable and humane working conditions. Under our existing system of industrial relations, the effective constitutional protection of the associational interests of employees in the collective bargaining process also requires concomitant protection of their freedom to withdraw collectively their services, subject to s. 1 of the *Charter*. Indeed, the right of workers to strike is an essential element in the principle of collective bargaining. This is not to say that s. 2(d) of the *Charter* entrenches for all time the existing system of labour relations. The area of industrial relations is subject to significant legislative regulation. The point is that this regulation cannot define the scope of the underlying freedom.

In the present case, the three statutes prohibited strikes and defined a strike as a cessation of work or refusal to work by two or more persons acting in combination or in concert or in accordance with a common understanding. There is no doubt that the Alberta legislation was aimed at foreclosing a particular collective activity because of its associational nature. The very nature of a strike is to influence an employer by joint action which would be ineffective if it were carried out by an individual. Therefore, s. 93 of the *Public Service Employee Relations Act*, s. 117.1(2) of the *Labour Relations Act* and s. 3(1) of the *Police Officers Collective Bargaining Act*, which directly abridged the freedom of employees to strike, infringed the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter*.

The limits on freedom of association imposed by these provisions were not justifiable under s. 1 of the *Charter*. The protection of the government from the political pressure of strike action from their employees was not an objective of sufficient importance for the purpose of s. 1 for limiting freedom of association through legislative prohibition of freedom to strike. It has not been shown that all public service employees have a substantial bargaining advantage on account of their employer's governmental status. Nor has it been shown that any political pressure exerted on the government during

et de faire la grève. L'association a toujours joué un rôle vital dans la protection des besoins et des intérêts essentiels des travailleurs. Au cours de l'histoire, les travailleurs se sont associés pour surmonter leur vulnérabilité individuelle face à l'employeur et la capacité de négocier collectivement a depuis longtemps été reconnue comme l'une des fonctions intégrantes et premières des associations de travailleurs. Elle demeure essentielle à la capacité de chaque salarié, à titre individuel, de participer au processus qui leur assurera des conditions de travail humaines et équitables. Dans notre régime actuel de relations de travail, la protection constitutionnelle efficace des intérêts des associations de travailleurs dans le processus de négociation collective requiert aussi la protection concomitante de leur liberté de cesser collectivement de fournir leurs services, sous réserve de l'article premier de la *Charte*. En fait, le droit des travailleurs de faire la grève constitue un élément essentiel du principe de la négociation collective. Cela ne revient pas à dire que l'al. 2d) de la *Charte* consacre pour toujours le régime existant des relations de travail. Le domaine des relations de travail est assujéti à une réglementation législative substantielle. Le fait est que cette réglementation ne peut pas définir la portée de la liberté sous-jacente.

En l'espèce, les trois lois interdisent la grève, qu'elles définissent comme un arrêt de travail ou un refus de travailler par deux ou plusieurs personnes qui agissent de concert ou d'un commun accord. Il ne fait aucun doute que la législation albertaine vise à interdire une activité collective particulière, à cause de sa nature collective. La nature même d'une grève est d'influencer l'employeur par une action commune qui serait inefficace si elle était exercée par une seule personne. Il s'ensuit que l'art. 93 de la *Public Service Employee Relations Act*, le par. 117.1(2) de la *Labour Relations Act* et le par. 3(1) de la *Police Officers Collective Bargaining Act*, qui portent directement atteinte à la liberté des salariés de faire la grève, enfreignent la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la *Charte*.

Les restrictions à la liberté d'association imposées par ces dispositions ne peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. La protection du gouvernement contre les pressions politiques que ses employés peuvent exercer sur lui par leurs grèves ne constitue pas un objectif suffisamment important, pour les fins de l'article premier, pour limiter la liberté d'association par une interdiction législative de la liberté de faire la grève. Il n'a pas été démontré que tous les employés de la fonction publique jouissent d'un avantage important sur le plan de la négociation en raison du statut gouverne-

strikes was of an unusual or peculiarly detrimental nature.

The protection of essential services is a government objective of sufficient importance for the purpose of s. 1, but the government did not demonstrate that this objective justified the limit on freedom of association imposed by the abrogation of the right to strike. The essential quality of police officers and firefighters was obvious and self-evident, and did not have to be proven by evidence. Thus, the Legislature's decision to prevent interruption in police protection and firefighting was rationally connected to the objective of protecting essential services. But the prohibition of the right to strike of all hospital workers and public service employees was too drastic a measure for achieving the object of protecting essential services. Indeed, without some evidentiary basis, it was neither obvious nor self-evident that all those employees performed services "whose interruption would endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population". Section 93 of the *Public Service Employee Relations Act* and s. 117.1(2) of the *Labour Relations Act*, in so far as it pertains to the hospital employees under s. 117.1(1)(b), were too wide to be justified by relating to essential services for the purpose of s. 1.

Further, to impair as little as possible the freedom of association of those affected by a legislative prohibition to strike, such prohibition must also be accompanied by a mechanism for dispute resolution by a third party which would adequately safeguard workers' interest. In the present reference, the arbitration system provided by the Acts was not an adequate replacement for the employees' freedom to strike. While the provisions which required the arbitrator to consider the fiscal policies of the government and the wages and benefits of private and public unionized and non-unionized employees did not compromise the adequacy of the arbitration procedure, the exclusion of certain subjects from the arbitration process in the *Police Officers Collective Bargaining Act* and the *Public Service Employee Relations Act* did compromise the effectiveness of the process as a means of ensuring equal bargaining power in the absence of freedom to strike. Serious doubt is cast upon the fairness and effectiveness of an arbitration scheme where matters which would normally be bargainable are excluded from arbitration. It may be necessary in some circumstances for a government employer

mental de leur employeur. Il n'a pas été non plus démontré que toute pression politique exercée sur le gouvernement au cours des grèves est d'une nature inhabituelle ou particulièrement préjudiciable.

- ^a La garantie des services essentiels est un objectif gouvernemental d'importance suffisante pour les fins de l'article premier, mais le gouvernement n'a pas démontré que cet objectif justifiait la limite apportée à la liberté d'association par l'abrogation du droit de grève.
- ^b Le caractère essentiel des agents de police et des pompiers est manifeste et évident en soi, et n'a pas à être démontré au moyen d'une preuve. Ainsi, la décision du législateur d'empêcher l'interruption de la protection assurée par les policiers et les pompiers est rationnellement liée à son objectif de protéger les services essentiels. Mais l'interdiction du droit de grève faite à tous les employés d'hôpitaux et à tous les employés de la fonction publique est une mesure trop draconienne par rapport à l'objectif de protection des services essentiels.
- ^c D'ailleurs, sans quelque fondement probatoire, il n'est ni manifeste ni évident en soi que tous ces employés fournissent des services «dont l'interruption pourrait mettre en péril la vie, la sécurité ou la santé de la personne dans une partie ou dans la totalité de la population». L'article 93 de la *Public Service Employee Relations Act* et le par. 117.1(2) de la *Labour Relations Act*, dans la mesure où il vise les employés d'hôpitaux en vertu de l'al. 117.1(1)(b), sont trop larges pour être justifiés pour le motif qu'ils seraient liés aux services essentiels pour les fins de l'article premier.

- ^d En outre, pour être de nature à porter atteinte le moins possible à la liberté d'association de ceux touchés par l'interdiction législative de faire la grève, cette interdiction doit également s'accompagner d'un mécanisme de règlement des différends par un tiers, qui permette de sauvegarder adéquatement les intérêts des travailleurs. Dans le présent renvoi, le système d'arbitrage prescrit par les lois ne constitue pas un substitut adéquat au droit de grève des employés. Certes les dispositions qui obligent l'arbitre à tenir compte des politiques financières du gouvernement et des salaires et avantages offerts aux salariés syndiqués et non syndiqués des secteurs public et privé ne compromettent pas le caractère adéquat du système d'arbitrage, mais l'exclusion de certains sujets du processus d'arbitrage dans la *Police Officers Collective Bargaining Act* et la *Public Service Employee Relations Act*, compromet l'efficacité du processus comme moyen d'assurer un pouvoir égal de négociation en l'absence du droit de grève. L'équité et l'efficacité du régime d'arbitrage se trouvent sérieusement compromises lorsque des questions, qui normalement pourraient être négociées, sont exclues de l'arbitrage. Il

to maintain absolute control over aspects of employment through exclusion of certain subjects from arbitration, but the presumption must be against such exclusion to ensure that the effectiveness of an arbitration scheme as a substitute for freedom to strike is not compromised. Here, the government has not satisfied the onus upon it to demonstrate such necessity.

Finally, none of the arbitration schemes in the Acts provided a right to refer a dispute to arbitration. Rather, a discretionary power is placed in a Minister or an administrative board to establish an arbitration board if it is deemed appropriate. Such a discretionary power was an unjustified interference with the effectiveness of the arbitration procedure in promoting equality of bargaining power between the parties.

In sum, the provisions relating to the arbitration schemes did not themselves limit freedom of association. These provisions, however, with the exception of those requiring the arbitrator to consider certain factors in making the arbitration award, contributed to the inadequacy of the arbitration scheme as a replacement for the freedom to strike, and therefore to the failure of s. 93 of the *Public Service Employee Relations Act*, s. 117.1(2) of the *Labour Relations Act* and s. 3(1) of the *Police Officers Collective Bargaining Act* to be justified under s. 1.

Cases Cited

By McIntyre J.

Referred to: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Collymore v. Attorney-General*, [1970] A.C. 538; *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580* (1984), 10 D.L.R. (4th) 198, aff'd on other grounds, [1986] 2 S.C.R. 573; *Public Service Alliance of Canada v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 562, aff'd [1984] 2 F.C. 889; *Re Prime and Manitoba Labour Board* (1983), 3 D.L.R. (4th) 74 (Man. Q.B.), rev'd on other grounds (1984), 8 D.L.R. (4th) 641 (Man. C.A.); *Halifax Police Officers and NCO's Association v. City of Halifax* (1984), 11 C.R.R. 358; *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984); *Re Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 and Government of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609; *Black v. Law Society of Alberta*, [1986] 3 W.W.R. 590; *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392; *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609; *Canadian Air Line Pilots' Ass'n and East-*

peut être nécessaire, dans certaines circonstances, pour l'État-patron, de conserver un contrôle absolu sur certains aspects des conditions de travail par l'exclusion de certaines questions de l'arbitrage, cependant la présomption doit jouer contre de telles exclusions si l'on veut que l'efficacité du régime d'arbitrage substitué à la liberté de grève ne soit pas compromise. En l'espèce, le gouvernement ne s'est pas acquitté de la charge qui lui incombait de faire la preuve de cette nécessité.

Enfin, aucun des régimes d'arbitrage établis dans les lois ne prévoit le droit de soumettre un différend à l'arbitrage. Au contraire, un ministre ou un organisme administratif se voit conférer le pouvoir discrétionnaire de constituer un tribunal d'arbitrage s'il le juge approprié. Un tel pouvoir discrétionnaire est une atteinte injustifiée à l'équité de la procédure d'arbitrage destinée à promouvoir l'égalité du pouvoir de négociation entre les parties.

En somme, les dispositions relatives aux régimes d'arbitrage ne restreignent pas en soi la liberté d'association. Ces dispositions toutefois, à l'exception de celles qui obligent l'arbitre à tenir compte de certains facteurs dans sa sentence arbitrale, ont pour effet de rendre le régime d'arbitrage inadéquat comme substitut à la liberté de grève et, par conséquent, contribuent à rendre l'art. 93 de la *Public Service Employee Relations Act*, le par. 117.1(2) de la *Labour Relations Act* et le par. 3(1) de la *Police Officers Collective Bargaining Act* injustifiés selon l'article premier.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêts mentionnés: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Collymore v. Attorney-General*, [1970] A.C. 538; *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580* (1984), 10 D.L.R. (4th) 198, confirmé pour d'autres motifs, [1986] 2 R.C.S. 573; *Alliance de la Fonction publique du Canada c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 562, confirmé [1984] 2 C.F. 889; *Re Prime and Manitoba Labour Board* (1983), 3 D.L.R. (4th) 74 (B.R. Man.), infirmé pour d'autres motifs (1984), 8 D.L.R. (4th) 641 (C.A. Man.); *Halifax Police Officers and NCO's Association v. City of Halifax* (1984), 11 C.R.R. 358; *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984); *Re Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 and Government of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609; *Black v. Law Society of Alberta*, [1986] 3 W.W.R. 590; *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392; *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] R.C.S. 609; *Canadian*

ern Provincial Airways Ltd. (1983), 5 CLRBR (NS) 368; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718.

By Dickson C.J. (dissenting)

Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home (1983), 44 O.R. (2d) 392; *Re Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 and Government of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609; *Collymore v. Attorney-General*, [1970] A.C. 538, aff'd (1967), 12 W.I.R. 5; *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580* (1984), 10 D.L.R. (4th) 198, aff'd on other grounds, [1986] 2 S.C.R. 573; *Public Service Alliance of Canada v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 889; *Newfoundland Association of Public Employees v. The Queen in Right of Newfoundland* (1985), 14 C.R.R. 193; *Re Prime and Manitoba Labour Board* (1983), 3 D.L.R. (4th) 74 (Man. Q.B.), rev'd on other grounds (1984), 8 D.L.R. (4th) 641 (Man. C.A.); *Halifax Police Officers and NCO's Association v. City of Halifax* (1984), 11 C.R.R. 358; *Re Chung and Amalgamated Clothing and Textile Workers' Union* (1986), 54 O.R. (2d) 650; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937); *Black v. Law Society of Alberta*, [1986] 3 W.W.R. 590; *Healy v. James*, 408 U.S. 169 (1972); *Baird v. State Bar of Arizona*, 401 U.S. 1 (1971); *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963); *Louisiana ex rel. Gremillion v. NAACP*, 366 U.S. 293 (1961); *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958); *United Federation of Postal Clerks v. Blount*, 325 F. Supp. 879 (1971), aff'd 404 U.S. 802 (1971); *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945); *International Union, U.A.W.A. v. Wisconsin Employment Relations Board*, 336 U.S. 245 (1949); *United Mine Workers v. Illinois State Bar Association*, 389 U.S. 217 (1967); *Railroad Trainmen v. Virginia ex rel. Virginia State Bar*, 377 U.S. 1 (1964); *School Committee of the Town of Westerly v. Westerly Teachers Ass'n*, 299 A.2d 441 (1973); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re Alberta Union of Provincial Employees and the Crown in Right of Alberta* (1980), 120 D.L.R. (3d) 590; *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. v. Veitch*, [1942] 1 All E.R. 142; *Perrault v. Gauthier* (1898), 28 S.C.R. 241; *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Alberta Union of Provincial Employees v. The Crown in Right of Alberta*, P.S.E.R.B. (Alta.); Nos. 140-005-502, 140-013-502,

Air Line Pilots' Ass'n and Eastern Provincial Airways Ltd. (1983), 5 CLRBR (NS) 368; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718.

^a Citée par le juge en chef Dickson (dissident)

Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home (1983), 44 O.R. (2d) 392; *Re Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 and Government of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609; *Collymore v. Attorney-General*, [1970] A.C. 538, confirmant (1967), 12 W.I.R. 5; *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580* (1984), 10 D.L.R. (4th) 198, confirmé pour d'autres motifs, [1986] 2 R.C.S. 573; *Alliance de la Fonction publique du Canada c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 889; *Newfoundland Association of Public Employees v. The Queen in Right of Newfoundland* (1985), 14 C.R.R. 193; *Re Prime and Manitoba Labour Board* (1983), 3 D.L.R. (4th) 74 (B.R. Man.), infirmé pour d'autres motifs (1984), 8 D.L.R. (4th) 641 (C.A. Man.); *Halifax Police Officers and NCO's Association v. City of Halifax* (1984), 11 C.R.R. 358; *Re Chung and Amalgamated Clothing and Textile Workers' Union* (1986), 54 O.R. (2d) 650; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937); *Black v. Law Society of Alberta*, [1986] 3 W.W.R. 590; *Healy v. James*, 408 U.S. 169 (1972); *Baird v. State Bar of Arizona*, 401 U.S. 1 (1971); *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963); *Louisiana ex rel. Gremillion v. NAACP*, 366 U.S. 293 (1961); *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958); *United Federation of Postal Clerks v. Blount*, 325 F. Supp. 879 (1971), confirmé 404 U.S. 802 (1971); *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945); *International Union, U.A.W.A. v. Wisconsin Employment Relations Board*, 336 U.S. 245 (1949); *United Mine Workers v. Illinois State Bar Association*, 389 U.S. 217 (1967); *Railroad Trainmen v. Virginia ex rel. Virginia State Bar*, 377 U.S. 1 (1964); *School Committee of the Town of Westerly v. Westerly Teachers Ass'n*, 299 A.2d 441 (1973); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Re Alberta Union of Provincial Employees and the Crown in Right of Alberta* (1980), 120 D.L.R. (3d) 590; *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] R.C.S. 651; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. v. Veitch*, [1942] 1 All E.R. 142; *Perrault v. Gauthier* (1898), 28 R.C.S. 241; *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] R.C.S. 609; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Alberta Union of Provincial Employees v. The Crown in Right of Alberta*,

140-017-502, November 24, 1982, unreported; *Alberta Union of Provincial Employees v. The Crown in Right of Alberta*, P.S.E.R.B. (Alta.), Nos. 140-003-502, 140-015-502, 140-019-502, 140-021-502, 140-023-502, November 12, 1982, unreported.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 as amended, s. 107(2).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), (b), (c), (d), 6(2)(b), (4), 16 to 25, 27, 29, 33.
Constitution Act, 1867, ss. 93, 133.
Constitution Act, 1982.
 Constitution of France, preamble.
 Constitution of Italy, Art. 40.
 Constitution of Japan, Art. 28.
 Constitution of the United States, First Amendment.
Convention (No. 87) Concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize, 67 U.N.T.S. 18 (1948), art. 1 to 11.
Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4 as amended, s. 1(2).
International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), art. 22.
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), art. 8.
Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 27(1).
Labour Act, R.S.P.E.I. 1974, c. L-1 as amended, s. 8(2).
Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212 as amended, s. 1(2).
Labour Code, R.S.Q. 1977, c. C-27 as amended, ss. 109.1, 110, 110.1.
Labour Relations Act, R.S.A. 1980 (Supp.), c. L-1.1, ss. 1(1)(u), (2), 117.1 [en. 1983, c. 34, s. 2(28)], 117.2 [en. *idem*], 117.3 [en. *idem*], 117.8 [en. *idem*], 155.
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228 as amended, ss. 1(2), 73.
Labour Relations Act, S.M. 1972, c. 75 as amended, ss. 2(1), 11.
Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, c. 64 as amended, s. 2(2).
Police Officers Collective Bargaining Act, S.A. 1983, c. P-12.05, ss. 1(m), 2(1), (2), 3, 9, 10, 15, 46.
Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 1980, c. P-33, ss. 1(o), (q), 48, 49 [am. 1983, c. 96, s. 6], 50, 55 [rep. & subs. 1983, c. 34, s. 5(7)], 93 [am. 1983, c. 34, s. 5(10)], 94, 95.
Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17 as amended, s. 2(f).
Trade Union Act, S.N.S. 1972, c. 19 as amended, s. 13.

P.S.E.R.B. (Alb.), nos 140-005-502, 140-013-502, 140-017-502, 24 novembre 1982, inédit; *Alberta Union of Provincial Employees v. The Crown in Right of Alberta*, P.S.E.R.B. (Alb.), nos 140-003-502, 140-015-502, 140-019-502, 140-021-502, 140-023-502, 12 novembre 1982, inédit.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), b), c), d), 6(2)b), (4), 16 à 25, 27, 29, 33.
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 et modifications, art. 107(2).
Code du travail, L.R.Q. 1977, chap. C-27 et modifications, art. 109.1, 110, 110.1.
 Constitution de l'Italie, Art. 40.
 Constitution de la France, préambule.
 Constitution des États-Unis, Premier amendement.
 Constitution du Japon, Art. 28.
Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 67 R.T.N.U. 19 (1948), art. 1 à 11.
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948).
Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 27(1).
Labour Act, R.S.P.E.I. 1974, chap. L-1 et modifications, art. 8(2).
Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212 et modifications, art. 1(2).
Labour Relations Act, R.S.A. 1980 (Supp.), chap. L-1.1, art. 1(1)u), (2), 117.1 [aj. 1983, chap. 34, art. 2(28)], 117.2 [aj. *idem*], 117.3 [aj. *idem*], 117.8 [aj. *idem*], 155.
Labour Relations Act, S.M. 1972, chap. 75 et modifications, art. 2(1), 11.
Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, chap. 64 et modifications, art. 2(2).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 93, 133.
Loi constitutionnelle de 1982.
Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, chap. 228 et modifications, art. 1(2), 73.
Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, chap. I-4 et modifications, art. 1(2).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, A.G. Rés. 2200 A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), art. 22.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, A.G. Rés. 2200 A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 49, Doc. A/6316 N.U. (1966), art. 8.
Police Officers Collective Bargaining Act, S.A. 1983, chap. P-12.05, art. 1m), 2(1), (2), 3, 9, 10, 15, 46.
Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 1980, chap. P-33, art. 1o), q), 48, 49 [mod. 1983, chap. 96, art. 6], 50, 55 [abr. & rempl. 1983, chap. 34, art. 5(7)], 93 [mod. 1983, chap. 34, art. 5(10)], 94, 95.

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948).

Authors Cited

Abernathy, Glenn. *The Right of Assembly and Association*. Columbia: University of South Carolina Press, 1961.

Adlercreutz, Axel. *Sweden*. In *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, vol. 9. Kluwer Law and Taxation Publishers—The Netherlands, 1985.

Arthurs, Harry. "Collective Bargaining in the Public Service of Canada: Bold Experiment or Act of Folly" (1969), 67 *Mich. L. Rev.* 971.

Arthurs, Harry. "The Right to Strike in Ontario and the Common Law Provinces of Canada". In *Proceedings of the Fourth International Symposium on Comparative Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 1967.

Beatty, David M. "Labour is Not a Commodity". In *Studies in Contract Law*. Edited by Barry J. Reiter and John Swan. Toronto: Butterworths, 1980, pp. 313-55.

Canada. Secretary of State. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Report of Canada on Articles 10 to 12*. Ottawa, 1982.

Canada. Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 43 (January 22, 1981), pp. 68-79.

Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of Task Force on Labour Relations*. Ottawa: Privy Council Office, 1968.

Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.

Cavalluzzo, Paul. "Freedom of Association and the Right to Bargain Collectively". In *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Edited by Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot. Toronto: Carswells, 1986.

Christie, Innis. *Employment Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1980.

Claydon, John. "International Human Rights Law and the Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 287.

Collective Bargaining in the Essential and Public Service Sectors. Edited by Morley Gunderson. Toronto: University of Toronto Press, 1975.

Cunningham, W. B. "Public Employment, Collective Bargaining and the Conventional Wisdom: Canada and U.S.A." (1966), 21 *Ind. Rel.* 406.

Trade Union Act, R.S.S. 1978, chap. T-17 et modifications, art. 2f).

Trade Union Act, S.N.S. 1972, chap. 19 et modifications, art. 13.

a Doctrine citée

Abernathy, Glenn. *The Right of Assembly and Association*. Columbia: University of South Carolina Press, 1961.

b Adlercreutz, Axel. *Sweden*. In *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, vol. 9. Kluwer Law and Taxation Publishers—The Netherlands, 1985.

Arthurs, Harry. «Collective Bargaining in the Public Service of Canada: Bold Experiment or Act of Folly» (1969), 67 *Mich. L. Rev.* 971.

Arthurs, Harry. «The Right to Strike in Ontario and the Common Law Provinces of Canada». Dans *Travaux du quatrième colloque international de droit comparé*. Ottawa: Presses de l'Université d'Ottawa, 1967.

d Beatty, David M. «Labour is Not a Commodity». In *Studies in Contract Law*. Edited by Barry J. Reiter and John Swan. Toronto: Butterworths, 1980, pp. 313-55.

e Canada. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 43 (22 janvier 1981), pp. 68 à 79.

f Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. *Les relations du travail au Canada: Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail*. Ottawa: Bureau du Conseil privé, 1968.

Canada. Secrétariat d'État. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels: Rapport du Canada sur les articles 10 à 12*. Ottawa, 1982.

g Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.

Cavalluzzo, Paul. «Freedom of Association and the Right to Bargain Collectively». In *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Edited by Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot. Toronto: Carswells, 1986.

Christie, Innis. *Employment Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1980.

i Claydon, John. «International Human Rights Law and the Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 287.

Collective Bargaining in the Essential and Public Service Sectors. Edited by Morley Gunderson. Toronto: University of Toronto Press, 1975.

j Cunningham, W. B. «Public Employment, Collective Bargaining and the Conventional Wisdom: Canada and U.S.A.» (1966), 21 *Ind. Rel.* 406.

- Emerson, Thomas I. "Freedom of Association and Freedom of Expression" (1964), 74 *Yale L.J.* 1.
- Forde, M. "The European Convention on Human Rights and Labor Law" (1983), 31 *Am. J. Comp. L.* 301.
- Gall, Peter A. "Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword". In *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Edited by Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot. Toronto: Carswells, 1986.
- Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 7. London: Butterworths, 1954.
- International Labour Organization. *Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Report III (Part 4(B)). International Labour Conference, 69th Session. Geneva: International Labour Office, 1983.
- International Labour Organization. *Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the I.L.O.*, 3rd ed. Geneva: International Labour Office, 1985.
- International Labour Organization. *I.L.O. Official Bulletin*, vol. LXVIII, Series B, No. 3. Geneva: International Labour Office, 1985.
- International Labour Organization. *I.L.O. Official Bulletin: Special Supplement*, vol. LIV, No. 2. Geneva: International Labour Office, 1971.
- Jenks, C. Wilfred. *Human Rights and International Labour Standards*. London: Stevens & Sons Ltd., 1960.
- Kahn-Freund's Labour and the Law*, 3rd ed. Edited by Paul Davies and Mark Freedland. London: Stevens & Sons, 1983.
- MacFarlane, L. J. *The Theory and Practice of Human Rights*. New York: St. Martin's Press, 1985.
- Mill, John Stuart. *Principles of Political Economy*, vol. 2. New York: D. Appleton, 1893.
- Osieke, E. "The Exercise of the Judicial Function with Respect to the International Labour Organization" (1974-75), 47 *Brit. Y.B. Int'l L.* 315.
- Phillips, O. Hood and Paul Jackson. *Constitutional and Administrative Law*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 1978.
- Raggi, Reena. "An Independent Right to Freedom of Association" (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L.L. Rev.* 1.
- Ramm, Th. *Federal Republic of Germany*. In *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, vol. 5. Kluwer—The Netherlands, 1979.
- Summers, Clyde W. "Freedom of Association and Compulsory Unionism in Sweden and the United States" (1964), 112 *U. Pa. L. Rev.* 647.
- Swan, Kenneth P. "Safety Belt or Strait-Jacket? Restrictions on the Scope of Public Sector Collective Bargaining". In *Essays in Collective Bargaining and*
- Emerson, Thomas I. «Freedom of Association and Freedom of Expression» (1964), 74 *Yale L.J.* 1.
- Forde, M. «The European Convention on Human Rights and Labor Law» (1983), 31 *Am. J. Comp. L.* 301.
- Gall, Peter A. «Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword». In *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Edited by Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot. Toronto: Carswells, 1986.
- Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 7. London: Butterworths, 1954.
- Jenks, C. Wilfred. *Human Rights and International Labour Standards*. London: Stevens & Sons Ltd., 1960.
- Kahn-Freund's Labour and the Law*, 3rd ed. Edited by Paul Davies and Mark Freedland. London: Stevens & Sons, 1983.
- MacFarlane, L. J. *The Theory and Practice of Human Rights*. New York: St. Martin's Press, 1985.
- Mill, John Stuart. *Principles of Political Economy*, vol. 2. New York: D. Appleton, 1893.
- Organisation internationale du Travail. *Bulletin officiel du B.I.T.*, vol. LXVIII, Série B, n° 3, Genève: Bureau international du Travail, 1985.
- Organisation internationale du Travail. *Bulletin officiel du B.I.T.: Supplément spécial*, vol. LIV, n° 2, Genève: Bureau international du Travail, 1971.
- Organisation internationale du Travail. *La liberté syndicale: Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du B.I.T.*, 3^e éd. Genève: Bureau international du Travail, 1985.
- Organisation internationale du Travail. *Liberté syndicale et négociation collective: Étude d'ensemble de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, Rapport III (Partie 4(B)). Genève: Bureau international du Travail, 1983.
- Osieke, E. «The Exercise of the Judicial Function with Respect to the International Labour Organization» (1974-75), 47 *Brit. Y.B. Int'l L.* 315.
- Phillips, O. Hood and Paul Jackson. *Constitutional and Administrative Law*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 1978.
- Raggi, Reena. «An Independent Right to Freedom of Association» (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L.L. Rev.* 1.
- Ramm, Th. *Federal Republic of Germany*. In *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, vol. 5. Kluwer—The Netherlands, 1979.
- Summers, Clyde W. «Freedom of Association and Compulsory Unionism in Sweden and the United States» (1964), 112 *U. Pa. L. Rev.* 647.
- Swan, Kenneth P. «Safety Belt or Strait-Jacket? Restrictions on the Scope of Public Sector Collective Bargaining». In *Essays in Collective Bargaining and Industrial Democracy*. Edited by Geoffrey England

- Industrial Democracy*. Edited by Geoffrey England and George Lermer. Don Mills: CCH Canadian Ltd., 1983, pp. 21-42.
- Swan, Kenneth P. *The Search for Meaningful Criteria in Interest Arbitration*. Reprint Series No. 41. Kingston: Queen's University, Industrial Relations Centre, 1978.
- Tocqueville, Alexis de. *Democracy in America*. Edited by Phillips Bradley. New York: Alfred A. Knopf Inc., 1945.
- Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law*. Mineola: Foundation Press, 1978.
- Valticos, Nicolas. *International Labour Law*. Deventer, The Netherlands: Kluwer, 1979.
- Weiler, Joseph M. "The Regulation of Strikes and Picketing Under the Charter". In *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Edited by Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot. Toronto: Carswells, 1986.
- Weiler, Paul. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswells, 1980.
- Wellington, Harry H. and Ralph K. Winter Jr. "The Limits of Collective Bargaining in Public Employment" (1969), 78 *Yale L.J.* 1107.
- and George Lermer. Don Mills: CCH Canadian Ltd., 1983, pp. 21-42.
- Swan, Kenneth P. *The Search for Meaningful Criteria in Interest Arbitration*. Reprint Series No. 41. Kingston: Queen's University, Industrial Relations Centre, 1978.
- Tocqueville, Alexis de. *De la Démocratie en Amérique*. Paris: Éditions M.-Th. Génin, Librairie de Médecis, 1951.
- Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law*. Mineola: Foundation Press, 1978.
- Valticos, Nicolas. *Droit international du travail*, 2^e éd. Paris: Dalloz, 1983.
- Weiler, Joseph M. «The Regulation of Strikes and Picketing Under the Charter». In *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Edited by Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot. Toronto: Carswells, 1986.
- Weiler, Paul. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswells, 1980.
- Wellington, Harry H. and Ralph K. Winter Jr. «The Limits of Collective Bargaining in Public Employment» (1969), 78 *Yale L.J.* 1107.
- APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1984), 16 D.L.R. (4th) 359, [1985] 2 W.W.R. 289, 35 Alta. L.R. (2d) 124, 57 A.R. 268, 85 CLLC ¶ 14,027, on a reference made pursuant to s. 27(1) of the Alberta *Judicature Act*. Appeal dismissed, Dickson C.J. and Wilson J. dissenting.
- Timothy J. Christian*, for the appellant the Alberta Union of Provincial Employees.
- Sheila J. Greckol* and *June M. Ross*, for the appellant the Canadian Union of Public Employees.
- Barrie C. Chivers*, for the appellant the Alberta International Fire Fighters Association.
- Roderick A. McLennan, Q.C.*, *Nolan Steed* and *Brian R. Burrows*, for the respondent.
- V. E. Toews* and *V. J. Matthews Lemieux*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.
- E. A. Bowie, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.
- Blenus Wright, Q.C.*, and *John Cavarzan, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Ontario.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1984), 16 D.L.R. (4th) 359, [1985] 2 W.W.R. 289, 35 Alta. L.R. (2d) 124, 57 A.R. 268, 85 CLLC ¶ 14,027, rendu par suite d'un renvoi en application du par. 27(1) de la *Judicature Act* de l'Alberta. Pourvoi rejeté, le juge en chef Dickson et le juge Wilson sont dissidents.
- Timothy J. Christian*, pour l'appelant l'Alberta Union of Provincial Employees.
- Sheila J. Greckol* et *June M. Ross*, pour l'appelant le Syndicat canadien de la fonction publique.
- Barrie C. Chivers*, pour l'appelante l'Alberta International Fire Fighters Association.
- Roderick A. McLennan, c.r.*, *Nolan Steed* et *Brian R. Burrows*, pour l'intimé.
- V. E. Toews* et *V. J. Matthews Lemieux*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.
- E. A. Bowie, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.
- Blenus Wright, c.r.*, et *John Cavarzan, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Réal A. Forest and Gilles Grenier, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Alison Scott and R. Endres, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

E. Robert A. Edwards, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Ralph C. Thompson, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

M. C. Crane and B. G. Welsh, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Deborah E. Fry, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

The reasons of Dickson C.J. and Wilson J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting)—This appeal concerns the interpretation of “freedom of association” as guaranteed in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the labour relations context. The central issues raised are (1) whether legislation enacted by the province of Alberta prohibiting strikes infringes s. 2(d) of the *Charter*; and (2) if so, whether and under what circumstances legislative limits on the freedom of association are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Charter*.

I

The Reference—Constitutional Questions

The Lieutenant Governor in Council of the province of Alberta referred certain questions to the Court of Appeal of Alberta for an advisory opinion pursuant to s. 27(1) of the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1:

1. Are the provisions of the *Public Service Employee Relations Act* that provide compulsory arbitration as a mechanism for resolution of disputes and prohibit the use of lockouts and strikes, in particular, sections 49, 50, 93 and 94 thereof, inconsistent with the *Con-*

Réal A. Forest et Gilles Grenier, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Alison Scott et R. Endres, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

E. Robert A. Edwards, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Ralph C. Thompson, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

M. C. Crane et B. G. Welsh, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Deborah E. Fry, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Wilson rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident)—Le pourvoi porte sur l'interprétation de la «liberté d'association» que garantit l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le contexte des relations de travail. Les principales questions soulevées sont les suivantes: 1) Les lois adoptées par la province de l'Alberta qui interdisent les grèves contreviennent-elles à l'al. 2d) de la *Charte*? et 2) Dans l'affirmative, y a-t-il des circonstances dans lesquelles des limites apportées par ces lois à la liberté d'association sont raisonnables et justifiées d'une manière qui puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte*, et quelles sont-elles?

I

Le renvoi—Les questions constitutionnelles

Le lieutenant-gouverneur en conseil de la province de l'Alberta a soumis certaines questions à la Cour d'appel de l'Alberta afin d'obtenir son opinion à titre consultatif, conformément au par. 27(1) de la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, chap. J-1:

1. Les dispositions de la *Public Service Employee Relations Act* qui prévoient l'arbitrage obligatoire pour résoudre les différends et interdisent le recours aux lock-out et aux grèves, en particulier les articles 49, 50, 93 et 94, sont-elles incompatibles avec la *Loi*

- stitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent?
2. Are the provisions of the *Labour Relations Act* that provide compulsory arbitration as a mechanism for resolution of disputes and prohibit the use of lockouts and strikes, in particular, sections 117.1, 117.2 and 117.3 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent? a
 3. Are the provisions of the *Police Officers Collective Bargaining Act* that provide for compulsory arbitration as a mechanism for the resolution of disputes and prohibit the use of lockouts and strikes, in particular, sections 3, 9, and 10 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent? b c
 4. Are the provisions of the *Public Service Employee Relations Act* that relate to the conduct of arbitration, in particular sections 48 and 55 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent? d
 5. Are the provisions of the *Labour Relations Act* that relate to the conduct of arbitration, in particular section 117.8 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent? e
 6. Are the provisions of the *Police Officers Collective Bargaining Act* that relate to the conduct of arbitration, in particular sections 2(2) and 15 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent? f
 7. Does the *Constitution Act, 1982*, limit the right of the Crown to exclude any one or more of the following classes of its employees from units for collective bargaining: g
 - a) an employee who exercises managerial functions;
 - b) an employee who is employed in a confidential capacity in matters relating to labour relations;
 - c) an employee who is employed in a capacity that is essential to the effective functioning of the Legislature, the Executive or the Judiciary; h
 - d) an employee whose interests as a member of a unit for collective bargaining could conflict with his duties as an employee? i
- constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?
2. Les dispositions de la *Labour Relations Act* qui prévoient l'arbitrage obligatoire pour résoudre les différends et interdisent le recours aux lock-out et aux grèves, en particulier les articles 117.1, 117.2 et 117.3, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?
 3. Les dispositions de la *Police Officers Collective Bargaining Act* qui prévoient l'arbitrage obligatoire pour résoudre les différends et interdisent le recours aux lock-out et aux grèves, en particulier les articles 3, 9 et 10, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?
 4. Les dispositions de la *Public Service Employee Relations Act* qui se rapportent à l'arbitrage, en particulier les articles 48 et 55, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?
 5. Les dispositions de la *Labour Relations Act* qui se rapportent à l'arbitrage, en particulier l'article 117.8 sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?
 6. Les dispositions de la *Police Officers Collective Bargaining Act* qui se rapportent à l'arbitrage, en particulier le paragraphe 2(2) et l'article 15, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?
 7. La *Loi constitutionnelle de 1982* limite-t-elle le droit de Sa Majesté d'exclure des unités de négociation collective une seule ou plusieurs des catégories suivantes de ses employés:
 - a) un employé qui exerce des fonctions de gestion;
 - b) un employé qui est préposé à des fonctions confidentielles en matière de relations de travail;
 - c) un employé dont les fonctions sont essentielles au bon fonctionnement de la Législature, de l'Exécutif ou du Judiciaire;
 - d) un employé dont les droits en tant que membre d'une unité de négociation collective entreraient en conflit avec ses obligations d'employé?

A majority of the Court of Appeal of Alberta answered questions 1 to 3 in the negative and did not answer the remaining questions: (1984), 16 D.L.R. (4th) 359, [1985] 2 W.W.R. 289, 35 Alta. L.R. (2d) 124, 57 A.R. 268, 85 CLLC ¶ 14,027.

La Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, a répondu aux questions 1 à 3 par la négative et n'a pas répondu aux autres questions: (1984), 16 D.L.R. (4th) 359, [1985] 2 W.W.R. 289, 35 Alta. L.R. (2d) 124, 57 A.R. 268, 85 CLLC ¶ 14,027.

The Alberta Union of Provincial Employees, the Canadian Union of Public Employees and the Alberta International Fire Fighters Association appealed to this Court. The Attorney General of Manitoba intervened in support of the appellants. The Attorney General of Canada and Attorneys General of each of the other provinces except New Brunswick intervened in support of the Attorney General for Alberta.

II

Relevant Statutory and Constitutional Provisions

The provisions in question in the *Public Service Employee Relations Act*, R.S.A. 1980, c. P-33, as amended by S.A. 1983, c. 34 and c. 96 (hereinafter *Public Service Act*), apply to public service employees in Alberta; in the *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980 (Supp.), c. L-1.1, as amended by S.A. 1983, c. 34, to firefighters and hospital employees; and in the *Police Officers Collective Bargaining Act*, S.A. 1983, c. P-12.05 (hereinafter *Police Officers Act*), to police officers.

Constitutional questions 1, 2 and 3 of this Reference concern the constitutionality of prohibiting the use of strikes and replacing them with compulsory arbitration.

The scheme of each statute is similar. Though the definition of "strike" varies slightly between the Acts, it is common to all that a strike is a cessation of work, a refusal to work or a refusal to continue to work by two or more persons acting in combination or in concert or in accordance with a common understanding (see: *Public Service Act*, s. 1(q); *Labour Relations Act*, s. 1(1)(u); *Police Officers Act*, s. 1(m)). Each of the Acts prohibits strikes and makes it an offence to strike or promote a strike (see *Public Service Act*, ss. 93 and 95; *Labour Relations Act*, ss. 117.1(2), 117.1(4) and 155; *Police Officers Act*, ss. 3(1) and 46).

Each of the statutes includes an arbitration scheme for resolving disputes which arise in the collective bargaining process. If a dispute cannot

L'Alberta Union of Provincial Employees, le Syndicat canadien de la fonction publique et l'Alberta International Fire Fighters Association ont formé un pourvoi devant cette Cour. Le procureur général du Manitoba est intervenu en faveur des appelants. Le procureur général du Canada et les procureurs généraux de chacune des autres provinces, à l'exception du Nouveau-Brunswick, sont intervenus en faveur du procureur général de l'Alberta.

II

Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Les dispositions contestées de la *Public Service Employee Relations Act*, R.S.A. 1980, chap. P-33, telle que modifiée par S.A. 1983, chap. 34 et 96 (ci-après la *Public Service Act*), s'appliquent aux employés de la fonction publique albertaine; celles de la *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980 (Supp.), chap. L-1.1, telle que modifiée par S.A. 1983, chap. 34, s'appliquent aux pompiers et aux employés d'hôpitaux, et celles de la *Police Officers Collective Bargaining Act*, S.A. 1983, chap. P-12.05 (ci-après la *Police Officers Act*), s'appliquent aux agents de police.

Les questions constitutionnelles 1, 2 et 3 du présent renvoi portent sur la constitutionnalité de l'interdiction du recours à la grève et de son remplacement par l'arbitrage obligatoire.

L'économie de chaque loi est semblable. Bien que la définition du terme «grève» varie légèrement d'une loi à l'autre, toutes ces définitions portent qu'une grève est un arrêt de travail, un refus de travailler ou de continuer à travailler par deux ou plusieurs personnes qui agissent d'un commun accord ou de concert (voir: *Public Service Act*, al. 1q); *Labour Relations Act*, al. 1(1)u); *Police Officers Act*, al. 1m)). Chacune de ces lois interdit les grèves et fait de la grève ou de l'invitation à la grève une infraction (voir *Public Service Act*, art. 93 et 95; *Labour Relations Act*, par. 117.1(2), 117.1(4) et art. 155; *Police Officers Act*, par. 3(1) et art. 46).

Chacune de ces lois comporte un régime d'arbitrage pour résoudre les différends qui surviennent au cours du processus de négociation collective. Si

be resolved, either the employer or the bargaining agent or both may request that an arbitration board be established (*Public Service Act*, s. 49; *Labour Relations Act*, s. 117.2; *Police Officers Act*, s. 9).

In the *Public Service Act*, upon request for the establishment of an arbitration board, the Public Service Employee Relations Board may direct the parties to continue collective bargaining, appoint a mediator, or establish an arbitration board depending on its view of the circumstances (s. 50). Under the *Labour Relations Act*, s. 117.3, and the *Police Officers Act*, s. 10, the Minister, on receipt of a request for the establishment of an arbitration board, may (1) direct the parties to continue collective bargaining and may prescribe the procedure or conditions under which collective bargaining is to take place if he or she considers it appropriate, or (2) if satisfied that the dispute is appropriate to refer to an arbitration board, establish an arbitration board.

The provisions at issue in questions 4, 5, and 6 of this Reference relate primarily to the arbitrability of certain items and the factors appropriate for consideration by an arbitration board.

In the *Public Service Act*, ss. 48 and 55 provide:

48(1) An arbitration board may only consider, and an arbitral award may only deal with, those matters that may be included in a collective agreement.

(2) Notwithstanding subsection (1), none of the following matters may be referred to an arbitration board and provisions in respect of the following matters shall not be contained in the arbitral award of an arbitration board:

- (a) the organization of work, the assignment of duties and the determination of the number of employees of an employer;
- (b) the systems of job evaluation and the allocation of individual jobs and positions within the systems;
- (c) selection, appointment, promotion, training or transfer;

un différend ne peut être résolu, l'employeur ou l'agent négociateur, ou encore les deux à la fois, peuvent demander la constitution d'un tribunal d'arbitrage (*Public Service Act*, art. 49; *Labour Relations Act*, art. 117.2; *Police Officers Act*, art. 9).

Selon la *Public Service Act*, lorsqu'elle reçoit une demande de constitution d'un tribunal d'arbitrage, le Public Service Employee Relations Board peut ordonner aux parties de poursuivre la négociation collective, nommer un médiateur ou constituer un tribunal d'arbitrage selon son appréciation des circonstances (art. 50). En vertu de l'art. 117.3 de la *Labour Relations Act* et de l'art. 10 de la *Police Officers Act*, le Ministre peut, à la réception d'une requête en constitution d'un tribunal d'arbitrage, (1) ordonner aux parties de poursuivre la négociation collective et, s'il le juge approprié, prescrire la procédure ou les conditions dans lesquelles elle doit se dérouler, ou (2) constituer un tribunal d'arbitrage s'il est convaincu qu'il est approprié de soumettre le différend à un tel tribunal.

Les dispositions en cause dans les questions 4, 5 et 6 du présent renvoi portent avant tout sur la possibilité de soumettre certaines matières à l'arbitrage et sur les facteurs dont un tribunal d'arbitrage peut tenir compte.

Les articles 48 et 55 de la *Public Service Act* portent:

[TRADUCTION] 48(1) Le tribunal d'arbitrage ne peut être saisi que des sujets qui peuvent être inclus dans une convention collective et sa sentence arbitrale ne peut porter que sur ceux-ci.

(2) Nonobstant le paragraphe (1), aucun des sujets suivants ne peut être soumis au tribunal d'arbitrage ni faire l'objet d'une sentence arbitrale:

- a) l'organisation du travail, l'attribution de tâches et la détermination du nombre d'employés;
- b) les systèmes d'évaluation des emplois et la répartition des tâches et des postes individuels dans les systèmes;
- c) la sélection, les nominations, les promotions, la formation ou les mutations;

(d) pensions.

55 To ensure that wages and benefits are fair and reasonable to the employees and employer and are in the best interest of the public, the arbitration board

(a) shall consider, for the period with respect to which the award will apply, the following:

(i) wages and benefits in private and public and unionized and non-unionized employment;

(ii) the continuity and stability of private and public employment, including

(A) employment levels and incidence of layoffs,

(B) incidence of employment at less than normal working hours, and

(C) opportunity for employment;

(iii) any fiscal policies that may be declared from time to time in writing by the Provincial Treasurer for the purposes of this Act;

and

(b) may consider, for the period with respect to which the award will apply, the following:

(i) the terms and conditions of employment in similar occupations outside the employer's employment taking into account any geographic, industrial or other variations that the board considers relevant;

(ii) the need to maintain appropriate relationships in terms and conditions of employment between different classification levels within an occupation and between occupations in the employer's employment;

(iii) the need to establish terms and conditions of employment that are fair and reasonable in relation to the qualifications required, the work performed, the responsibility assumed and the nature of the services rendered;

(iv) any other factor that it considers relevant to the matter in dispute.

Section 117.8 of the *Labour Relations Act* is identical to s. 55 of the *Public Service Act* except in so far as it refers to a "compulsory arbitration board" rather than an "arbitration board".

Section 15 of the *Police Officers Act* is also identical to s. 55 of the *Public Service Act* except in so far as it refers to an "interest arbitration board" rather than an "arbitration board".

d) les pensions.

55 Pour s'assurer que les salaires et les avantages accordés sont justes et raisonnables autant pour les employés que pour l'employeur et qu'ils sont conformes à l'intérêt public, le tribunal d'arbitrage

a) doit tenir compte des éléments suivants, pour la période visée par sa sentence:

(i) les salaires et avantages accordés aux travailleurs syndiqués ou non syndiqués des secteurs privés et publics;

(ii) la permanence et la stabilité des emplois des secteurs privés et publics, dont

A) les niveaux d'emploi et l'incidence des mises à pied,

B) l'incidence de l'emploi pour un temps moindre que les heures normales de travail, et

C) les possibilités d'emploi;

(iii) toute politique fiscale qui peut, à l'occasion, être énoncée par écrit par le trésorier provincial aux fins de la présente loi;

et

b) peut tenir compte des éléments suivants, pour la période visée par sa sentence:

(i) les conditions d'emploi dans des postes analogues offerts par d'autres employeurs, notamment toute variation d'ordre géographique, industriel ou autre que le tribunal d'arbitrage estime pertinente;

(ii) la nécessité de maintenir des rapports convenables, quant aux conditions d'emploi, entre les différents niveaux de classification au sein d'une même occupation et entre les différentes occupations pour lesquelles l'employeur fournit de l'emploi;

(iii) la nécessité d'établir des conditions d'emploi justes et raisonnables compte tenu des compétences requises, du travail accompli, de la responsabilité assumée et de la nature des services rendus;

(iv) tout autre facteur qu'il juge pertinent.

L'article 117.8 de la *Labour Relations Act* est identique à l'art. 55 de la *Public Service Act*, sauf qu'il parle d'un [TRADUCTION] «tribunal d'arbitrage obligatoire» plutôt que d'un «tribunal d'arbitrage».

L'article 15 de la *Police Officers Act* est aussi identique à l'art. 55 de la *Public Service Act*, sauf qu'il parle d'un [TRADUCTION] «tribunal d'arbitrage de divergences d'intérêts» plutôt que d'un «tribunal d'arbitrage».

Question 6 of this Reference refers to s. 2(2) of the *Police Officers Act*. This section is unique. A similar provision does not appear in any of the other Acts. Section 2 reads:

2(1) All police officers, except the chief constable and deputy chief constables, have the right

- (a) to be members of a police association and to participate in its lawful activities, and
- (b) to bargain collectively with the municipality to which they are appointed through a bargaining agent,

except that no police officer shall remain or become a member of a trade union or of an organization that is affiliated, directly or indirectly, with a trade union.

(2) Notwithstanding subsection (1), if an application by a local authority within the meaning of the *Special Forces Pension Act* to bring its police officers under that Act has been granted, there shall be no right to bargain collectively for pension benefits.

Question 7 does not specifically refer to the legislation under review. It is concerned, in a general way, with categories of exclusion from units for collective bargaining, and if it is to be answered, it must be answered in the abstract.

The following provisions of the *Charter* are relevant to this appeal.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

- (a) freedom of conscience and religion;
- (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
- (c) freedom of peaceful assembly; and
- (d) freedom of association. [Emphasis added.]

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.

III

Judgment of the Alberta Court of Appeal

The majority of the Court of Appeal of Alberta (Kerans J.A., McGillivray C.J.A., D. C. McDonald J. (*ad hoc*), and Stevenson J.A. concurring) answered questions 1 to 3 of the Reference in the negative, held that no answer was necessary for

La question 6 du présent renvoi porte sur le par. 2(2) de la *Police Officers Act*. Cet article est unique. Aucune disposition similaire ne figure dans les autres lois. Voici le texte de l'art. 2:

[TRADUCTION] 2(1) Tous les agents de police, sauf l'agent-chef et les agents-chefs adjoints, ont le droit:

- a) d'être membres d'une association policière et de participer à ses activités licites,
- b) de négocier collectivement avec la municipalité à laquelle ils sont affectés par l'intermédiaire d'un agent négociateur,

mais aucun agent de police ne peut rester ou devenir membre d'un syndicat ou d'une organisation qui est affiliée, directement ou indirectement, à un syndicat.

(2) Nonobstant le paragraphe (1), la demande par les autorités locales, au sens de la *Special Forces Pension Act*, d'assujettir ses agents de police à cette loi, lorsqu'elle est accordée, supprime tout droit de négocier collectivement relativement à des prestations de pension.

La question 7 ne mentionne pas expressément les lois en cause. Elle porte, d'une manière générale, sur des catégories d'exclusion des unités de négociation collective et si on doit y répondre, on ne peut le faire que dans l'abstrait.

Les dispositions suivantes de la *Charte* sont pertinentes en l'espèce:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

- a) liberté de conscience et de religion;
- b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;
- c) liberté de réunion pacifique;
- d) liberté d'association. [C'est moi qui souligne.]

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.

III

L'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta

Les juges formant la majorité de la Cour d'appel de l'Alberta (le juge Kerans, aux motifs duquel ont souscrit le juge en chef McGillivray, le juge D. C. McDonald (*ad hoc*) et le juge Stevenson) ont répondu par la négative aux questions 1 à 3 du

questions 4 to 6, and that question 7 could not be answered. Belzil J.A., dissenting in part, answered the first six questions in the negative, and question 7 in the affirmative.

Kerans J.A. characterized the ultimate question posed in the Reference as whether the imposition of compulsory arbitration in place of strikes and lockouts has interfered with the freedom of association of the workers involved. He held it did not. According to the majority, the provisions of the *Charter* must be interpreted in a broad and liberal manner, consistent with the prescriptions of *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and in defining a *Charter* right the court need not concern itself with the difficulties that may arise if the right is absolute. Such concerns are more properly dealt with under s. 33 or s. 1 of the *Charter*. Interpretation should not, however, be extreme or extravagant.

Applying these principles to the present Reference, the majority concluded that statutory restrictions on strike activity were not an infringement of s. 2(d) of the *Charter*. Kerans J.A. wrote that a measure of restraint should be exercised in *Charter* interpretation; courts should not interpret freedom of association as providing *Charter* protection to "all actions by all groups to carry out all group purposes". Moreover, the majority was not persuaded that the prohibition of strikes did in fact limit the freedom of association of public sector employees.

Kerans J.A. went on to consider the argument that the "right to organize should be extended . . . to include the right to strike in order to give vitality to the right of workers to organize for their mutual benefit". For the purposes of the appeal, Kerans J.A. left open the validity of this proposition, but held that even if it were the appropriate legal standard, the imposition of compulsory arbitration had not been proved in fact to have been detrimental to the vitality of the unions in question. Thus, according to Kerans J.A., the legisla-

renvoi, ont jugé qu'il n'était pas nécessaire de répondre aux questions 4 à 6 et que la question 7 ne pouvait recevoir de réponse. Le juge Belzil, dissident en partie, a répondu par la négative aux six premières questions et par l'affirmative à la question 7.

Selon le juge Kerans, la question ultime qui se pose dans le présent renvoi est de savoir si l'imposition de l'arbitrage obligatoire pour remplacer la grève et le lock-out porte atteinte à la liberté d'association des travailleurs en question. Il conclut que non. D'après les juges formant la majorité, les dispositions de la *Charte* doivent recevoir une interprétation large et libérale qui soit conforme aux prescriptions de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et en définissant un droit garanti par la *Charte*, la cour n'a pas à se préoccuper des difficultés qui peuvent surgir si le droit est absolu. Ces préoccupations relèvent plutôt de l'art. 33 ou de l'article premier de la *Charte*. L'interprétation donnée ne doit pas toutefois être trop rigoureuse ou extravagante.

Appliquant ces principes au présent renvoi, la cour à la majorité conclut que les restrictions légales apportées à la grève ne constituent pas une atteinte à l'al. 2d) de la *Charte*. Selon le juge Kerans, il faut faire preuve de mesure dans l'interprétation de la *Charte*; les tribunaux ne doivent pas interpréter la liberté d'association comme une protection offerte par la *Charte* à [TRADUCTION] «toute action entreprise par un groupe en vue de réaliser un objectif collectif». De plus, les juges formant la majorité ne sont pas convaincus que l'interdiction de faire grève limite effectivement la liberté d'association des employés du secteur public.

Le juge Kerans examine ensuite l'argument selon lequel [TRADUCTION] «le droit d'association doit être élargi [. . .] de manière à inclure le droit de faire grève afin de vivifier le droit des travailleurs de s'associer à leur avantage mutuel». Pour les fins de l'appel, le juge Kerans ne s'est pas prononcé sur la validité de cette proposition, mais il a conclu que, même s'il s'agissait d'une norme légale appropriée, il n'avait pas été prouvé que l'imposition de l'arbitrage obligatoire a effectivement été préjudiciable à la vitalité des syndicats en

tive schemes did not interfere with meaningful and effective collective bargaining.

The majority declined to answer questions 4 to 6 since the negative answer provided for questions 1 to 3 made it unnecessary to consider the adequacy of the particular statutory arbitration schemes as a replacement for strike action. The majority held that question 7 could not be answered in the abstract because any answer would be dependent on the facts of each particular case.

Belzil J.A., in separate reasons, answered the first three questions in a similar way to the majority but came to his answers by a different route. According to him, freedom of association in the *Charter* means that "two or more persons may in concert with each other do what they please *provided they do not harm others* or transgress such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". He characterized strike activity as "the ultimate weapon of coercion of labour" in the collective bargaining process and found it "unthinkable that a charter for the equal protection of the rights and freedoms of all citizens should guarantee to one citizen an inviolable right to harm another, or enlarge the freedom of one citizen to the detriment of the freedom of the other". Accordingly, he found the right to strike to be outside the ambit of the *Charter* and answered questions 1 through 3 in the negative.

According to Belzil J.A., questions 4 to 6 were also to be answered in the negative since in his view, the *Charter* did not impose any restriction on the Legislature in specifying what an arbitrator shall or may consider in compulsory arbitration. Belzil J.A. answered question 7 in the affirmative. According to him: "Since collective bargaining by itself, and without resort to strike action, does not cause harm to anyone, any limit on the right of any of the persons in any of the classes mentioned in ss. (a), (b), (c), and (d) of Q. 7, to associate with others in units for collective bargaining is on

question. Ainsi, d'après le juge Kerans, ces régimes législatifs ne font pas obstacle à des négociations collectives valables et efficaces.

a Les juges formant la majorité ont refusé de répondre aux questions 4 à 6 étant donné que la réponse négative donnée aux questions 1 à 3 rendait inutile l'examen du bien-fondé de ces régimes particuliers d'arbitrage imposés par les lois pour remplacer la grève. Ils ont jugé que l'on ne pouvait pas répondre dans l'abstrait à la question 7 pour le motif que toute réponse serait fonction des faits de chaque espèce.

c Le juge Belzil, dans une opinion distincte, donne aux trois premières questions une réponse semblable à celle des juges formant la majorité, mais ses réponses procèdent d'un raisonnement différent. Selon lui, la liberté d'association garantie par la *d* *Charte* signifie que [TRADUCTION] «deux ou plusieurs personnes peuvent, de concert, faire ce qui leur plaît *pourvu qu'elles ne causent aucun préjudice à autrui* ni ne transgressent des limites raisonnables imposées par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Il qualifie la grève [TRADUCTION] «d'arme ultime de coercition dont disposent les travailleurs» dans le processus de négociation collective et juge [TRADUCTION] «inconcevable qu'une charte destinée à protéger également les droits et libertés de tous les citoyens puisse garantir à un citoyen un droit inviolable de causer un préjudice à autrui, ou accroître la liberté *e* d'un citoyen au détriment de celle d'autrui». En conséquence, il conclut que le droit de faire grève ne relève pas de la *Charte* et il répond aux questions 1 à 3 par la négative.

h D'après le juge Belzil, les questions 4 à 6 doivent aussi recevoir une réponse négative puisqu'à son avis la *Charte* n'impose aucune restriction au législateur quand il précise ce dont un arbitre doit ou peut tenir compte lors d'un arbitrage obligatoire. *i* Le juge Belzil donne une réponse affirmative à la question 7. Selon lui, [TRADUCTION] «Puisque la négociation collective en elle-même et en l'absence de recours à la grève n'est préjudiciable à personne, toute limitation du droit, que possède tout individu de chacune des catégories mentionnées aux al. a), b), c) et d) de la question 7, de

its face an infringement of the freedom of association guaranteed to each of them by the *Charter*, unless the limit is justified under s. 1". Thus, in Belzil J.A.'s view, collective bargaining is within the domain of the *Charter* though strike activity is not.

IV

Freedom of Association and s. 2(d) of the *Charter*

Freedom of association is the freedom to combine together for the pursuit of common purposes or the advancement of common causes. It is one of the fundamental freedoms guaranteed by the *Charter*, a *sine qua non* of any free and democratic society, protecting individuals from the vulnerability of isolation and ensuring the potential of effective participation in society. In every area of human endeavour and throughout history individuals have formed associations for the pursuit of common interests and aspirations. Through association individuals are able to ensure that they have a voice in shaping the circumstances integral to their needs, rights and freedoms.

Freedom of association is the cornerstone of modern labour relations. Historically, workers have combined to overcome the inherent inequalities of bargaining power in the employment relationship and to protect themselves from unfair, unsafe, or exploitative working conditions. As the United States Supreme Court stated in *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), at p. 33:

Long ago we stated the reason for labor organizations. We said that they were organized out of the necessities of the situation; that a single employee was helpless in dealing with an employer; that he was dependent ordinarily on his daily wage for the maintenance of himself and family; that if the employer refused to pay him the wages that he thought fair, he was nevertheless unable to leave the employ and resist arbitrary and unfair treatment; . . .

s'associer avec d'autres pour former des unités de négociation collective constituée, à première vue, une atteinte à la liberté d'association que garantit à chacun d'eux la *Charte*, à moins que cette limite ne soit justifiée en vertu de l'article premier». Ainsi, selon le juge Belzil, la négociation collective est du domaine de la *Charte* quoique la grève ne le soit pas.

b

IV

La liberté d'association et l'al. 2d) de la *Charte*

La liberté d'association, c'est la liberté de s'unir dans la poursuite d'un objectif commun ou pour promouvoir une cause commune. C'est l'une des libertés fondamentales garanties par la *Charte*, une condition essentielle de toute société libre et démocratique, qui protège les individus de la vulnérabilité résultant de l'isolement et qui assure la possibilité d'avoir une participation efficace dans la société. Dans toutes les sphères de l'activité humaine et tout au long de l'histoire, des individus ont formé des associations vouées à la poursuite d'intérêts et d'aspirations communs. En s'associant, les individus parviennent à faire entendre leur voix pour façonner ce qui permet de répondre à leurs besoins, à leurs droits et à leurs libertés.

f

La liberté d'association constitue la pierre angulaire des relations de travail modernes. Historiquement, les travailleurs se sont unis pour aplanir les inégalités de puissance de négociation inhérentes aux relations employeur-employé et se prémunir contre des conditions de travail injustes, dangereuses ou favorisant l'exploitation. Comme l'a dit la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), à la p. 33:

[TRADUCTION] Il y a longtemps nous avons exposé la raison d'être des organisations ouvrières. Nous avons dit qu'elles se sont formées pour répondre à l'urgence de la situation; qu'un simple employé était démuné quand il traitait avec un employeur et qu'il était habituellement tributaire de son salaire quotidien pour ce qui est de son entretien et de celui de sa famille; que si l'employeur refusait de lui payer le salaire qu'il estimait juste, il était néanmoins incapable de quitter son emploi et de résister à un traitement arbitraire et injuste; . . .

The "necessities of the situation" go beyond, of course, the fairness of wages and remunerative concerns, and extend to matters such as health and safety in the work place, hours of work, sexual equality, and other aspects of work fundamental to the dignity and personal liberty of employees.

The question in the present case is to what extent freedom of association, as guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*, protects the freedom of workers to act in concert, and to bargain and withdraw their services collectively.

1. *The Authorities*

Four important jurisprudential sources warrant review. First, an extensive jurisprudence has developed in Canada on the scope of constitutional protection of freedom of association. Second, the Judicial Committee of the Privy Council has addressed the issue. Third, there are a number of United States cases on freedom of association, some of which have been decided in respect to labour relations. And, fourth, freedom of association in the labour relations context has received considerable attention under international law. It is instructive to examine the Privy Council case on freedom of association before reviewing the Canadian jurisprudence because the former has been a point of departure for many of the decisions in Canadian courts under s. 2(d) of the *Charter*, and is relied upon heavily by the respondent.

In assessing the relevant authorities, it is important to keep three considerations in mind. First, are trade unions accorded any constitutional protection at all?

Second, what approach is taken to the nature of freedom of association? More specifically, has the relevant tribunal adopted what I shall refer to as a 'constitutive' definition of freedom of association whereby freedom of association entails simply the freedom to combine together but does not extend to the freedom to engage in the activities for which the association was formed? Alternatively, has a wider definition been adopted to the effect that freedom of association embodies both the freedom

Il va sans dire que l'«urgence de la situation» signifie plus que des salaires justes et des préoccupations d'ordre pécuniaire et qu'elle vise également des sujets comme la santé et la sécurité au travail, les heures de travail, l'égalité des sexes et d'autres aspects des tâches qui sont fondamentaux pour la dignité et la liberté personnelle des employés.

La question en l'espèce est de savoir dans quelle mesure la liberté d'association, que garantit l'al. 2d) de la *Charte*, protège la liberté des travailleurs d'agir de concert et de négocier et cesser collectivement de fournir leurs services.

1. *La jurisprudence*

Quatre sources jurisprudentielles importantes méritent d'être examinées. Premièrement, une jurisprudence abondante s'est développée au Canada sur l'étendue de la protection constitutionnelle accordée à la liberté d'association. Deuxièmement, le Comité judiciaire du Conseil privé a abordé la question. Troisièmement, il existe de nombreux précédents américains portant sur la liberté d'association, dont certains ont été tranchés dans le contexte des relations de travail. Et, quatrième, la liberté d'association dans le cadre des relations de travail a reçu une attention considérable en droit international. Il est intéressant d'examiner la jurisprudence du Conseil privé sur la liberté d'association avant d'étudier la jurisprudence canadienne étant donné qu'elle a servi de point de départ pour bien des décisions de tribunaux canadiens relatives à l'al. 2d) de la *Charte* et qu'elle est largement invoquée par l'intimé.

Dans l'évaluation de la jurisprudence pertinente, il est important de garder trois points à l'esprit. Premièrement, les syndicats jouissent-ils d'une protection constitutionnelle?

Deuxièmement, comment aborde-t-on la nature de la liberté d'association? Plus précisément, le tribunal en question a-t-il adopté ce que j'appellerais une définition «constitutive» de la liberté d'association, selon laquelle elle ne comporte que la liberté de s'unir, mais non la liberté de s'adonner aux activités pour lesquelles l'association a été formée? Ou encore, a-t-on adopté une définition plus large portant que la liberté d'association comprend à la fois la liberté de s'unir et celle d'agir

to join together and the freedom to pursue collective activities? In this appeal, the respondent adopts the former view while the appellants adopt the latter.

Third, if the wider definition is adopted, what is the scope of activities protected? Not all activities in pursuit of a collective purpose are constitutionally shielded simply by virtue of the fact that they are done in association. The constitutional principle in forming the appropriate scope of freedom of association, therefore, must be examined to uncover the limitations imposed in different jurisdictions on associational freedom.

(i) The Judicial Committee of the Privy Council

The leading case from the Privy Council is *Collymore v. Attorney-General*, [1970] A.C. 538. The issue in *Collymore* was whether the *Industrial Stabilisation Act 1965* of Trinidad and Tobago offended freedom of association as guaranteed by the Constitution of Trinidad and Tobago. Section 1 of the Constitution provides:

It is hereby recognised and declared that in Trinidad and Tobago there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely, . . . (j) freedom of association and assembly; . . .

Section 2, in so far as it is relevant, states:

Subject to the provisions of sections 3, 4 and 5 of this Constitution, no law shall abrogate, abridge or infringe or authorise the abrogation, abridgement or infringement of any of the rights and freedoms hereinbefore recognised and declared . . .

Under s. 4, Parliament may pass special laws during a public emergency, and under s. 5 Parliament may enact laws which conflict with ss. 1 and 2, subject to certain specified safeguards.

Section 34 of the *Industrial Stabilisation Act 1965* prohibited workers from participating in a strike in connection with any trade dispute unless, the dispute having been reported to the Minister of

collectivement? En l'espèce, l'intimé fait sienne la première conception, alors que les appelants adoptent la seconde.

^a Troisièmement, à supposer que l'on adopte la définition plus large, quelle est l'étendue des activités protégées? Les activités qui visent la réalisation d'un objectif commun ne sont pas toutes constitutionnellement protégées du simple fait qu'on s'associe pour s'y adonner. Il faut donc examiner le principe constitutionnel applicable pour déterminer l'étendue que doit avoir la liberté d'association afin de découvrir les limites imposées dans différents ressorts à cette liberté d'association.

(i) Le Comité judiciaire du Conseil privé

^d L'arrêt de principe qui nous vient du Conseil privé est *Collymore v. Attorney-General*, [1970] A.C. 538. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si l'*Industrial Stabilisation Act 1965* de Trinité et Tobago portait atteinte à la liberté d'association garantie par la Constitution de ce pays. L'article 1 de cette Constitution dispose:

[TRADUCTION] Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu à Trinité et Tobago quels que soient sa race, son origine, sa couleur, sa religion ou son sexe: . . . j) la liberté de réunion et d'association; . . .

L'article 2, dans la mesure où il est pertinent, dispose:

[TRADUCTION] Sous réserve des dispositions des articles 3, 4 et 5 de la Constitution, aucune loi ne doit avoir pour effet de supprimer, de restreindre ou d'enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni d'en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression . . .

En vertu de l'art. 4, le Parlement peut adopter des lois d'exception en situation d'urgence, et en vertu de l'art. 5, il peut adopter des lois incompatibles avec les art. 1 et 2, sous réserve de certaines garanties précises.

L'article 34 de l'*Industrial Stabilisation Act 1965* interdisait aux travailleurs de participer à une grève au cours d'un conflit de travail à moins que le différend n'ait été porté à l'attention du

Labour, the Minister has not referred it to the Industrial Court set up under the Act. The appellants were employees of Texaco Trinidad, Inc. and members of the Oilfield Workers' Trade Union. They sought a declaration in the High Court of Trinidad that the Act was *ultra vires* the Parliament of Trinidad and Tobago on the ground that it was inconsistent with the constitutional guarantee of freedom of association. Their application was denied.

The appellants appealed to the Court of Appeal and the appeal was dismissed: *Collimore v. Attorney-General* (1967), 12 W.I.R. 5. Upon an extensive review of the history of legal regulation of strikes, Wooding C.J. articulated a limited definition of freedom of association (at p. 15):

In my judgment, then, freedom of association means no more than freedom to enter into consensual arrangements to promote the common-interest objects of the associating group. The objects may be any of many. They may be religious or social, political or philosophical, economic or professional, educational or cultural, sporting or charitable. But the freedom to associate confers neither right nor licence for a course of conduct or for the commission of acts which in the view of Parliament are inimical to the peace, order and good government of the country.

What is or is not inimical to the peace, order and good government of the country is not for the courts to decide.

Similarly, Phillips J.A. found " 'this right' [to strike], if it may properly be so called, is something that is in its nature very different from the well-known basic rights or liberties of the subject which derive in England from the 'common law' . . ." (p. 29) and "a logical distinction falls clearly to be drawn between freedom of association strictly so called and freedom to engage in any particular activity of an association" (p. 31). Fraser J.A. held that whether freedom of association included the right to strike depended on whether it was a common law right. He found it was not: "The right to indulge in a concerted stoppage of work which alone can constitute a strike is no more than a statutorily implied exemption from criminal and civil consequences limited in scope to action taken

ministre du Travail et que ce dernier n'en ait pas saisi le tribunal du travail constitué en vertu de la Loi. Les appelants étaient au service de la Texaco Trinidad, Inc. et membres de l'Oilfield Workers' Trade Union. Ils ont demandé à la Haute Cour de Trinité de rendre un jugement déclaratoire portant que la Loi outrepassait la compétence du Parlement de Trinité et Tobago pour le motif qu'elle était incompatible avec la liberté d'association garantie par la Constitution. Leur demande fut rejetée.

L'appel interjeté par les appelants à la Cour d'appel fut rejeté: *Collimore v. Attorney-General* (1967), 12 W.I.R. 5. Après avoir examiné en profondeur l'historique de la réglementation juridique des grèves, le juge en chef Wooding énonce une définition restreinte de la liberté d'association (à la p. 15):

[TRADUCTION] Alors à mon avis, la liberté d'association ne signifie rien de plus que la liberté de conclure des ententes pour promouvoir les objectifs communs du groupe qui s'associe. Ces objectifs peuvent être de tout ordre. Ils peuvent être religieux ou sociaux, politiques ou philosophiques, économiques ou professionnels, éducatifs ou culturels, sportifs ou charitables. Mais la liberté d'association ne confère ni le droit ni l'autorisation d'avoir un comportement ou d'accomplir des actes qui de l'avis du Parlement sont défavorables à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement du pays.

Il n'appartient pas aux tribunaux de déterminer ce qui est ou ce qui n'est pas défavorable à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement du pays.

De même, le juge Phillips a conclu que [TRADUCTION] «ce droit» [de grève], si on peut l'appeler ainsi, est d'une nature fort différente des droits ou libertés fondamentaux bien connus que la «common law» confère au sujet en Angleterre . . . » (p. 29) et [TRADUCTION] «une distinction logique doit manifestement être faite entre la liberté d'association à proprement parler et la liberté de s'adonner à toute activité particulière d'une association» (p. 31). Le juge Fraser a conclu que, pour que la liberté d'association comprenne le droit de grève, il fallait que ce soit là un droit découlant de la *common law*. Il a constaté que ce n'était pas le cas: [TRADUCTION] «Le droit de participer à un arrêt de travail concerté qui à lui seul peut constituer une grève n'est rien d'autre qu'une exemption

in furtherance or contemplation of a trade dispute" (p. 48).

On appeal to the Privy Council, Lord Donovan, speaking for the Court, agreed with Wooding C.J. that freedom of association does not embody the freedom to pursue the objects of an association and cited with approval the passage quoted above. Accordingly, the appeal was dismissed.

While the *Collymore* case provides a relevant perspective on the meaning of freedom of association, its applicability to the *Charter* is undermined by the different nature of the constitutional documents. The Constitution of Trinidad and Tobago is more similar in character and function to the *Canadian Bill of Rights* than to the *Charter*, accepting, as it does, a "frozen rights" approach. It recognizes and declares pre-existing rights and freedoms and is not a source of new constitutional protections. It is for this reason that the courts in *Collymore* were so concerned with ascertaining whether or not the freedom to strike existed at common law prior to the introduction of statutory reform. As elaborated below, the *Charter* ushers in a new era in the protection of fundamental freedoms. We need not ground protection for freedom of association in pre-existing freedoms.

(ii) Canadian Case Law

Canadian jurisprudence on the nature and scope of freedom of association is divided. On the one hand, the British Columbia Court of Appeal and the Federal Court of Appeal have endorsed a constitutive definition of freedom of association, concluding that collective bargaining and strike activity are not protected by freedom of association. This approach accords with the *Collymore* case. On the other hand, the Ontario Divisional Court, and the Saskatchewan Court of Appeal have adopted broader definitions, holding that freedom of association includes the freedom to pursue common purposes and to engage in collec-

légal tacite des conséquences criminelles et civiles, limitée dans son étendue aux actes accomplis dans la poursuite ou en vue d'un conflit de travail" (p. 48).

^a À la suite de l'appel interjeté au Conseil privé, lord Donovan, s'exprimant au nom de la cour, a été d'accord avec le juge en chef Wooding pour dire que la liberté d'association ne comporte pas la liberté de poursuivre les objectifs d'une association, et il a cité en l'approuvant le passage précité. En conséquence, le pourvoi a été rejeté.

^c Bien que l'affaire *Collymore* fasse voir sous un angle pertinent le sens qu'il faut donner à la liberté d'association, son applicabilité à la *Charte* se trouve réduite en raison de la nature différente des textes constitutionnels. La Constitution de Trinité et Tobago ressemble davantage, de par sa nature et sa fonction, à la *Déclaration canadienne des droits* qu'à la *Charte*, en acceptant, comme elle le fait, le point de vue des «droits figés». Elle reconnaît et proclame des droits et libertés préexistants et n'est donc pas une source de nouvelles garanties constitutionnelles. C'est pour cette raison que les tribunaux, dans l'affaire *Collymore*, ont tant cherché à vérifier si la liberté de faire grève existait en *common law* avant l'introduction de la réforme législative. Comme je l'explique plus loin, la *Charte* marque le début d'une ère nouvelle en matière de protection des libertés fondamentales. Nous n'avons pas à fonder la garantie de la liberté d'association sur des libertés préexistantes.

(ii) La jurisprudence canadienne

La jurisprudence canadienne concernant la nature et la portée de la liberté d'association est partagée. D'une part, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et la Cour d'appel fédérale ont fait leur une définition constitutive de la liberté d'association, concluant que la négociation collective et la grève ne sont pas garanties par la liberté d'association. Ce point de vue est conforme à l'arrêt *Collymore*. D'autre part, la Cour divisionnaire de l'Ontario et la Cour d'appel de la Saskatchewan ont adopté des définitions plus larges, concluant que la liberté d'association inclut la liberté de poursuivre des objectifs communs et de

tive activities, and is not merely the freedom to form and join associations.

In the British Columbia case, *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580* (1984), 10 D.L.R. (4th) 198 (B.C.C.A.), the issue was whether an interlocutory injunction enjoining picketing by the respondent was in breach of the *Charter's* guarantees of freedom of expression and freedom of association. The case was appealed to this Court but only on the freedom of expression issue: [1986] 2 S.C.R. 573. On the freedom of association issue the majority of the Court of Appeal (Esson and Taggart, J.J.A.), relying on the *Collymore* case, held that "freedom to associate carries with it no constitutional protection of the purposes of the association or means of achieving those purposes" (p. 209). Esson J.A. stated (at pp. 207-08):

The freedom [of association] is that of the individual (i.e., in the words of s. 2, of "everyone"). It is the freedom to unite, to combine, to enter into union, to create and maintain an organization of persons with a common purpose. One of the classes of association guaranteed by s. 2 is undoubtedly the trade union. Everyone has the right to join a trade union and to pursue, with the other members, the collective interests of the membership. It does not follow that the *Charter* guarantees the objects and purposes of the union, or the means by which those can be achieved.

The majority concluded that the *Charter's* guarantee of freedom of association does not affect laws which limit or control picketing.

Dolphin Delivery and *Collymore* were followed by the Federal Court of Appeal in *Public Service Alliance of Canada v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 889 (hereinafter *PSAC*) (on appeal to this Court, reasons released concurrently, [1987] 1 S.C.R. 424). The decision of the Court of Appeal is summarized in detail in this Court's reasons in the case. In brief, the Court of Appeal decided that the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, deprived public servants of the right to bargain collectively but that, in doing so, it did not impinge on the *Charter's* guarantee of freedom of association. According to

s'adonner à des activités collectives, et qu'il ne s'agit pas simplement de la liberté de constituer des associations et d'y adhérer.

Dans l'affaire de la Colombie-Britannique, *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580* (1984), 10 D.L.R. (4th) 198 (C.A.C.-B.), il s'agissait de savoir si une injonction interlocutoire ordonnant à l'intimé de cesser de faire du piquetage allait à l'encontre des libertés d'expression et d'association garanties par la *Charte*. On s'est pourvu en cette Cour, mais uniquement sur la question de la liberté d'expression: [1986] 2 R.C.S. 573. Quant à la question de la liberté d'association, la Cour d'appel à la majorité (les juges Esson et Taggart), s'appuyant sur l'arrêt *Collymore*, a jugé que [TRADUCTION] «la liberté de s'associer n'implique aucune protection constitutionnelle des objectifs de l'association ou des moyens de les atteindre» (p. 209). Le juge Esson affirme (aux pp. 207 et 208):

[TRADUCTION] La liberté [d'association] est celle de l'individu (c.-à-d. de «chacun», pour reprendre les termes de l'art. 2). C'est la liberté de s'unir, de se réunir, d'adhérer à un syndicat, de créer et de maintenir une organisation de personnes ayant un objectif commun. Une de ces catégories d'associations protégées par l'art. 2 est sans aucun doute le syndicat. Chacun a le droit d'adhérer à un syndicat et de promouvoir, avec les autres membres, les intérêts collectifs des adhérents. Il ne s'ensuit pas que la *Charte* garantit les objets et les buts du syndicat, ni les moyens qui permettent de les atteindre.

La majorité a conclu que la liberté d'association garantie par la *Charte* n'avait pas d'effet sur les lois qui limitent ou contrôlent le piquetage.

Les arrêts *Dolphin Delivery* et *Collymore* ont été suivis par la Cour d'appel fédérale dans son arrêt *Alliance de la Fonction publique du Canada c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 889 (ci-après *AFPC*) (qui a fait l'objet d'un pourvoi devant cette Cour et dont les motifs sont prononcés en même temps que le présent arrêt, [1987] 1 R.C.S. 424). L'arrêt de la Cour d'appel est résumé en détail dans les motifs prononcés par la Cour au sujet de cette affaire. En bref, la Cour d'appel a jugé que la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, privait les fonctionnaires du droit de négocier collectivement mais

Mahoney J. (with whom Hugessen J. concurred), at p. 895:

The right of freedom of association guaranteed by the Charter is the right to enter into consensual arrangements. It protects neither the objects of the association nor the means of attaining those objects.

I do not think it desirable to attempt to catalogue the rights and immunities inherent in a trade union's guaranteed freedom of association. Clearly, collective bargaining is, or should be, the primary means by which organized labour expects to attain its principal object: the economic betterment of its membership. However fundamental, it remains a means and, as such, the right to bargain collectively is not guaranteed by paragraph 2(d) of the Charter, which guarantees freedom of association.

Marceau J. agreed with Mahoney J. and his reliance on *Dolphin Delivery* and added (at p. 897): "I fail to see on the basis of which rule of construction, however liberal it may be, one can be able to give to the words 'freedom of association' a meaning broad enough to include the right to strike".

The trial divisions of a number of provinces have adopted the reasoning in *Collymore*, *Dolphin Delivery* and *PSAC* in interpreting s. 2(d) of the Charter. See *Newfoundland Association of Public Employees v. The Queen in Right of Newfoundland* (1985), 14 C.R.R. 193 (Nfld. S.C.T.D.); *Re Prime and Manitoba Labour Board* (1983), 3 D.L.R. (4th) 74 (Man. Q.B.), rev'd on other grounds (1984), 8 D.L.R. (4th) 641 (Man. C.A.); *Halifax Police Officers and NCO's Association v. City of Halifax* (1984), 11 C.R.R. 358 (N.S.S.C.T.D.)

In contrast to these decisions are the Ontario and Saskatchewan cases. *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392 (hereinafter *Broadway Manor*) concerned an application for judicial review before the Divisional Court of the Ontario High Court of Justice raising the issue of the validity of the *Inflation*

que, ce faisant, elle ne portait pas atteinte à la liberté d'association garantie par la *Charte*. Selon le juge Mahoney (à l'avis duquel souscrit le juge Hugessen), à la p. 895:

^a Le droit à la liberté d'association, garanti par la Charte, est le droit de conclure des ententes. Il ne protège ni les objectifs de l'association, ni les moyens d'atteindre ces objectifs.

^b Je ne crois pas qu'il soit souhaitable de tenter de cataloguer les droits et immunités inhérents à la liberté d'association, garantie d'un syndicat. De toute évidence, la négociation collective est ou devrait être le principal moyen par lequel un syndicat organisé entend atteindre son principal objectif: l'amélioration économique de ses membres. Aussi fondamental que soit ce moyen cependant, il demeure un moyen et à ce titre, le droit de négocier collectivement n'est pas garanti par l'alinéa 2d) de la Charte, qui garantit la liberté d'association.

Le juge Marceau, qui s'est dit d'accord avec le juge Mahoney et avec son recours à l'arrêt *Dolphin Delivery*, ajoute (à la p. 897): «Je ne vois pas sur quelle règle d'interprétation, si libérale soit-elle, on pourrait se fonder pour attribuer à l'expression «liberté d'association» un sens suffisamment large pour englober le droit de grève.»

^f Les tribunaux de première instance d'un bon nombre de provinces ont adopté le raisonnement des arrêts *Collymore*, *Dolphin Delivery* et *AFPC* en interprétant l'al. 2d) de la *Charte*. Voir les décisions: *Newfoundland Association of Public Employees v. The Queen in Right of Newfoundland* (1985), 14 C.R.R. 193 (C.S.T.-N., D.P.I.); *Re Prime and Manitoba Labour Board* (1983), 3 D.L.R. (4th) 74 (B.R. Man.), infirmé pour d'autres motifs (1984), 8 D.L.R. (4th) 641 (C.A. Man.); *Halifax Police Officers and NCO's Association v. City of Halifax* (1984), 11 C.R.R. 358 (C.S.N.-É., D.P.I.)

ⁱ Par contraste avec ces décisions, il y a les affaires de l'Ontario et de la Saskatchewan. Dans l'affaire *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392 (ci-après l'affaire *Broadway Manor*), une demande d'examen judiciaire adressée à la Cour divisionnaire de la Haute Cour de justice de l'Ontario soulevait la question

Restraint Act, 1982, S.O. 1982, c. 55. The Labour Relations Board had interpreted s. 13 of that Act as continuing in force, beyond the normal date of termination, collective agreements of public sector employees. Galligan J. disposed of the application on the ground that the Labour Relations Board misconstrued the Act, though he addressed the question whether s. 13 infringed freedom of association "in deference to the substantial argument presented on it, and in view of the fact that my interpretation of s. 13 may not be accepted by others" (p. 406). O'Leary and Smith JJ. were of the view that the Board had correctly interpreted the Act, and disposed of the application on the *Charter* issue.

The Divisional Court was unanimous in rejecting the view of freedom of association embodied in *Collymore*. All three judges were of the view that the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* extended to the activities of associations, and was not limited merely to the joining and formation of associations. Galligan J. explicitly rejected the interpretation of freedom of association in *Collymore*, as inconsistent with "a large and liberal construction". He stated, at p. 409:

But I think that freedom of association if it is to be a meaningful freedom must include freedom to engage in conduct which is reasonably consonant with the lawful objects of an association. And I think a lawful object is any object which is not prohibited by law

The purpose of an association of workers in a union is clear — it is to advance their common interests. If they are not free to take such lawful steps that they see as reasonable to advance those interests, including bargaining and striking, then as a practical matter their association is a barren and useless thing. I cannot imagine that the *Charter* was ever intended to guarantee the freedom of association without also guaranteeing the freedom to do that for which the association is intended. I have no hesitation in concluding that in guaranteeing workers' freedom of association the *Charter* also guarantees at the very least their freedom to organize, to choose their own union, to bargain and to strike.

O'Leary J. said, at p. 445:

de la validité de l'*Inflation Restraint Act, 1982*, S.O. 1982, chap. 55. La Commission des relations de travail avait interprété l'art. 13 de la Loi comme prorogeant, au-delà de leur date normale d'expiration, les conventions collectives des salariés du secteur public. Le juge Galligan a statué sur la demande en fonction du moyen portant que la Commission des relations de travail a mal interprété la Loi, tout en abordant la question de savoir si l'art. 13 enfreint la liberté d'association [TRANSDUCTION] «par déférence pour l'argument de poids qu'on a soumis à son sujet et compte tenu du fait qu'il se peut que mon interprétation de l'art. 13 ne soit pas acceptée par d'autres» (p. 406). Les juges O'Leary et Smith étaient d'avis que la Commission avait correctement interprété la Loi et ont statué sur la demande en fonction de la question de la *Charte*.

La Cour divisionnaire a rejeté à l'unanimité la conception de la liberté d'association de l'arrêt *Collymore*. Les trois juges se sont dit d'avis que la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte* s'étend aux activités de ces associations et ne se limite pas simplement à l'adhésion à ces associations et à leur formation. Le juge Galligan a rejeté expressément l'interprétation de la liberté d'association donnée dans l'arrêt *Collymore* en affirmant qu'elle est incompatible avec [TRANSDUCTION] «une interprétation large et libérale». Voici ce qu'il affirme, à la p. 409:

[TRANSDUCTION] Mais je pense que si la liberté d'association doit avoir un sens, elle doit inclure la liberté d'avoir un comportement raisonnablement compatible avec les objets licites d'une association et, je pense, un objet licite c'est tout objet que la loi n'interdit pas

Le but d'une association de travailleurs constitués en syndicat est clair—c'est la promotion de leurs intérêts communs. S'ils ne sont pas libres de prendre les mesures licites qui leur paraissent raisonnables pour la promotion de ces intérêts, y compris la négociation et la grève, alors, en pratique, leur association est vaine et inutile. Je ne puis imaginer que la *Charte* avait pour objectif de garantir la liberté d'association sans garantir aussi la liberté de faire ce à quoi l'association est destinée. Je n'ai aucune hésitation à conclure qu'en garantissant aux membres la liberté d'association, la *Charte* leur garantit tout au moins la liberté de s'organiser, de choisir leur propre syndicat, de négocier et de faire grève.

Le juge O'Leary affirme, à la p. 445:

But is the right to strike included in the expression "freedom of association"? The ability to strike, in the absence of some kind of binding conciliation or arbitration, is the only substantial economic weapon available to employees. The right to organize and bargain collectively is only an illusion if the right to strike does not go with it. The main reason that the right to organize and bargain collectively is assured employees is that they may effectively bargain with their employer. To take away an employee's ability to strike so seriously detracts from the benefits of the right to organize and bargain collectively as to make those rights virtually meaningless. If the right to organize and bargain collectively is to have significant value then the right to strike must also be a right included in the expression "freedom of association", and I conclude that it is.

According to Smith J., at p. 463: "The freedom to associate as used in the Charter not being on its face a limited one, includes the freedom to organize, to bargain collectively and, as a necessary corollary, to strike".

The *Broadway Manor* case was recently cited with apparent approval by a different panel of the Ontario Divisional Court (Southey, Griffiths and Saunders JJ.) for the proposition that freedom of association includes the right to bargain collectively: *Re Chung and Amalgamated Clothing and Textile Workers' Union* (1986), 54 O.R. (2d) 650.

In *Re Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 and Government of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609 (hereinafter the *Dairy Workers* case) a majority of the Saskatchewan Court of Appeal rejected the interpretation of freedom of association in *Collymore, Dolphin Delivery*, and *PSAC*, and came to conclusions similar to those of the Divisional Court in *Broadway Manor*. The *Dairy Workers* case is on appeal to this Court and reasons are being released concurrently, [1987] 1 S.C.R. 460.

[TRADUCTION] Mais le droit de grève est-il compris dans l'expression «liberté d'association»? La possibilité de faire grève, en l'absence de tout genre de conciliation ou d'arbitrage obligatoire, constitue la seule arme économique importante dont disposent les employés. Le droit de s'organiser et de négocier collectivement n'est qu'une illusion s'il n'est pas accompagné du droit de faire grève. La principale raison pour laquelle le droit de s'organiser et de négocier collectivement est assuré aux employés c'est de leur permettre de négocier avec leur employeur. Si l'on enlève à un employé la possibilité de faire grève, les avantages du droit de s'organiser et de négocier collectivement sont tellement réduits qu'ils n'ont pratiquement plus de sens. Si le droit de s'organiser et de négocier collectivement a une valeur importante, alors le droit de faire grève doit également être un droit qui est compris dans l'expression «liberté d'association» et c'est ce que je conclus.

D'après le juge Smith, à la p. 463: [TRADUCTION] «La liberté de s'associer dont on parle dans la Charte, n'étant pas limitée à première vue, inclut la liberté de s'organiser, de négocier collectivement et, par voie de conséquence nécessaire, de faire grève».

L'arrêt *Broadway Manor* a récemment été cité par une formation de juges différente de la Cour divisionnaire de l'Ontario (les juges Southey, Griffiths et Saunders), qui l'ont apparemment approuvé, à l'appui de la thèse portant que la liberté d'association comprend le droit de négocier collectivement: *Re Chung and Amalgamated Clothing and Textile Workers' Union* (1986), 54 O.R. (2d) 650.

Dans l'arrêt *Re Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 and Government of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609 (ci-après l'affaire des *Travailleurs de l'industrie laitière*), la Cour d'appel de la Saskatchewan, à la majorité, a rejeté l'interprétation de la liberté d'association donnée dans les arrêts *Collymore, Dolphin Delivery* et *AFPC*, et a tiré des conclusions analogues à celles de la Cour divisionnaire dans l'arrêt *Broadway Manor*. L'affaire des *Travailleurs de l'industrie laitière* a fait l'objet d'un pourvoi devant cette Cour dont les motifs sont prononcés en même temps que le présent arrêt, [1987] 1 R.C.S. 460.

The issue was whether *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, c. D-1.1 (Bill No. 44), which prohibited strikes and lockouts in the dairy industry for a certain period, violated s. 2(d) of the *Charter*. The majority found it did (Bayda C.J.S. and Cameron J.A.), Brownridge J.A. dissenting. Both members of the majority emphasized the necessary connection between associating for the purpose of collective bargaining and the freedom to bargain collectively and strike. Chief Justice Bayda rejected in strong terms the reasoning in *Collymore*, (pp. 624-26) and concluded that (1) freedom of association is the freedom of an individual "to perform in association without governmental interference any act that he is free to perform alone", and (2) "where an act by definition is incapable of individual performance, [an individual] is free to perform the act in association provided the mental component of the act is not to inflict harm" (p. 620). Since an employee is free as an individual to refuse to work, refusal to work by employees in concert is protected by freedom of association. With regard to the second element of freedom of association, the mental element of a strike is to compel an employer to agree to terms and conditions of employment, not to inflict injury. Therefore, a person is free to associate in this manner, and accordingly the prohibition of strike activity in the Act violated freedom of association.

Cameron J.A. reached the same conclusion. It was his opinion that, though the weight of authority suggested strike activity was not protected by s. 2(d) of the *Charter*, "the emerging framework of principle governing Charter interpretation rather points to its inclusion, especially if we are to be faithful to the call to give these rights and freedoms a 'generous interpretation . . . suitable to give to individuals the full measure' of them" (p. 645). He stated that, if freedom of association protected freedom to form trade unions for the purpose of bargaining, then it must protect freedom to bargain collectively and to strike (pp. 643-44, 647). On this ground Cameron J.A. found freedom of association was abridged by the Act.

Il s'agissait de savoir si *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, chap. D-1.1 (projet de loi n° 44), qui interdisait les grèves et les lock-out dans l'industrie laitière pour une certaine période, violait l'al. 2d) de la *Charte*. La cour à la majorité a jugé que oui (le juge en chef Bayda et le juge Cameron), le juge Brownridge étant dissident. Les deux juges formant la majorité ont souligné le rapport nécessaire qu'il y a entre le fait de s'associer afin de négocier collectivement et la liberté de procéder à cette négociation et de faire la grève. Le juge en chef Bayda rejette vigoureusement le raisonnement de l'arrêt *Collymore* (pp. 624 à 626) pour conclure que (1) la liberté d'association est la liberté des individus [TRADUCTION] «d'accomplir collectivement, sans intervention gouvernementale, les actes qu'ils sont libres d'accomplir seuls», et que (2) [TRADUCTION] «lorsque, par définition, un acte n'est pas susceptible d'accomplissement par un seul individu, les individus ont la liberté de s'associer pour l'accomplir, pourvu que l'acte n'ait pas pour but de causer un préjudice» (p. 620). Comme un employé est libre en tant qu'individu de refuser de travailler, le refus de travailler par des employés de concert est protégé par la liberté d'association. Quant au second élément de la liberté d'association, l'élément moral de la grève consiste à forcer l'employeur à accepter certaines conditions d'emploi, et non à causer un préjudice. Donc, l'individu est libre de s'associer de cette manière et c'est pourquoi l'interdiction de faire grève que comporte la Loi viole la liberté d'association.

Le juge Cameron arrive à la même conclusion. Il se dit d'avis que, bien que la jurisprudence tende à laisser entendre que la grève n'est pas protégée par l'al. 2d) de la *Charte* [TRADUCTION] «l'ensemble des principes qui commence à se dégager relativement à l'interprétation de la Charte semble plutôt réclamer son inclusion, surtout si nous voulons écouter l'appel visant à donner à ces droits et libertés une «interprétation généreuse [. . .] propre à permettre aux particuliers [d'en] bénéficier pleinement» (p. 645). Si, dit-il, la liberté d'association garantit la liberté de constituer des syndicats pour négocier, elle doit alors garantir la liberté de négocier collectivement et de faire la grève (pp. 643, 644 et 647). Pour ce motif, le juge Cameron juge que la Loi porte atteinte à la liberté d'association.

Brownridge J.A., dissenting, followed the British Columbia Court of Appeal's decision in *Dolphin Delivery* and accordingly held that freedom of association did not protect strike activities.

More recently, in *Black v. Law Society of Alberta*, [1986] 3 W.W.R. 590 (Alta. C.A.), (application for leave to appeal to this Court granted June 12, 1986, [1986] 1 S.C.R. x), Kerans J.A. has provided further clarification of his approach to freedom of association. This case did not involve a trade union, but rather the associational freedom of lawyers attempting to create an interprovincial law firm. Kerans J.A. adopted the following interpretation (at p. 612):

... the special status given to the freedom of association in Canada reflects our tradition about the importance for a free and democratic society of non-governmental organization. In my view, the freedom includes the freedom to associate with others in exercise of Charter-protected rights and also those other rights which—in Canada—are thought so fundamental as not to need formal expression: to marry, for example, or to establish a home and a family, pursue an education, or gain a livelihood.

In upholding the freedom of lawyers to pursue a livelihood through association under s. 2(d), Kerans J.A. emphasized that the pursuit of a livelihood has been accepted as “an appropriate and vital human ambition”, that the relationship was between two humans and that it was not “merely commercial”. Thus, according to Kerans J.A., the activities of association warrant constitutional protection if they are related to fundamental human rights and needs.

(iii) United States Jurisprudence

To understand the United States case law on the freedom of association, one must be aware of the special nature of the constitutional protection of that freedom. Two features, in particular, distinguish the United States Bill of Rights from the Canadian *Charter vis-à-vis* freedom of association.

Le juge Brownridge, dissident, a suivi l'arrêt *Dolphin Delivery* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et a jugé en conséquence que la liberté d'association ne garantit pas le droit de grève.

Plus récemment, dans l'arrêt *Black v. Law Society of Alberta*, [1986] 3 W.W.R. 590 (C.A. Alb.), (demande d'autorisation de pourvoi accordée par cette Cour le 12 juin 1986, [1986] 1 R.C.S. x), le juge Kerans clarifie davantage sa conception de la liberté d'association. Cette affaire ne mettait pas en cause un syndicat, mais portait plutôt sur la liberté d'association d'avocats qui tentaient de constituer un cabinet juridique interprovincial. Le juge Kerans adopte l'interprétation suivante (à la p. 612):

[TRADUCTION] ... le statut spécial dont jouit la liberté d'association au Canada est l'expression de notre tradition quant à l'importance que revêtent les organisations non gouvernementales pour une société libre et démocratique. À mon avis, cette liberté inclut la liberté de s'associer avec d'autres pour exercer les droits que garantit la Charte et aussi ces autres droits qui, au Canada, sont jugés à ce point fondamentaux qu'ils ne nécessitent pas d'expression formelle: le droit de se marier par exemple, ou celui de fonder un foyer, de s'instruire ou de gagner sa vie.

En confirmant la liberté qu'ont les avocats de s'associer afin de gagner leur vie en vertu de l'al. 2d), le juge Kerans souligne que gagner sa vie est reconnu comme [TRADUCTION] «une ambition humaine à la fois légitime et vitale», qu'il s'agit d'un rapport entre deux êtres humains qui n'est pas [TRADUCTION] «purement commercial». Ainsi, d'après le juge Kerans, les activités d'association méritent d'être protégées par la Constitution si elles sont liées à des besoins et à des droits fondamentaux de l'être humain.

(iii) La jurisprudence américaine

Pour comprendre la jurisprudence américaine sur la liberté d'association, il faut être conscient de la nature particulière de la garantie constitutionnelle de cette liberté. Deux caractéristiques en particulier distinguent le Bill of Rights américain de la *Charte* canadienne en ce qui a trait à la liberté d'association.

First, freedom of association is not explicitly protected in the United States Constitution, as it is in the *Charter*. Instead, it has been implied by the judiciary as a necessary derivative of the First Amendment's protection of freedom of speech, "the right of the people to peaceably assemble," and freedom to petition. See, e.g., *Healy v. James*, 408 U.S. 169 (1972); *Baird v. State Bar of Arizona*, 401 U.S. 1 (1971); *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963); *Louisiana ex rel. Gremillion v. NAACP*, 366 U.S. 293 (1961); *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958). The general principle, as developed in the First Amendment jurisprudence of the Supreme Court, is that of freedom "to engage in association for the advancement of beliefs and ideas": *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, at p. 460. The limited associational purposes protected in the United States are therefore faithful to the derivation of freedom of association from the particular rights and freedoms delineated in the First Amendment.

A second important difference between the United States Constitution and the *Charter* is the absence, in the former, of a provision such as s. 1. The balancing of the protection of rights and freedoms with the larger interests of the community, therefore, must be done in the context of defining the right or freedom itself. Whereas a Canadian court could endorse constitutional protection for strike activity, for example, under s. 2(d) of the *Charter* and yet still uphold certain limits on the freedom to strike under s. 1, this approach is not open to courts in the United States. Accordingly, one would expect a more limited approach to the delineation of the freedom itself. It is with these two caveats in mind that we turn to an appraisal of the United States position.

In the context of this appeal, it is important to note that the United States case law supports in general an approach to the implied freedom of association that protects the activities as well as the formation of an association. As Professor L. H. Tribe states in *American Constitutional Law* (1978), at p. 703, the First Amendment protects "the concerted pursuit of ends that would repre-

En premier lieu, la liberté d'association n'est pas expressément garantie par la Constitution américaine, comme c'est le cas dans la *Charte*. Au lieu de cela, les tribunaux en ont présumé l'existence comme découlant nécessairement du Premier amendement, qui garantit la liberté de parole, «le droit du peuple de s'assembler paisiblement» et d'adresser des pétitions. Voir, par exemple, les arrêts *Healy v. James*, 408 U.S. 169 (1972); *Baird v. State Bar of Arizona*, 401 U.S. 1 (1971); *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963); *Louisiana ex rel. Gremillion v. NAACP*, 366 U.S. 293 (1961); *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958). Le principe général, qui se dégage de la jurisprudence de la Cour suprême concernant le Premier amendement, est celui de la liberté [TRADUCTION] «de s'associer pour promouvoir ses croyances et ses idées»: *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, à la p. 460. Les objectifs limités d'association, qui sont garantis aux États-Unis, sont donc conformes à la liberté d'association qui découle des droits et libertés particuliers décrits dans le Premier amendement.

Une seconde différence importante entre la Constitution américaine et la *Charte* est l'absence, dans la première, d'une disposition semblable à l'article premier. L'équilibre entre la garantie des droits et libertés et les intérêts généraux de la collectivité doit donc être établi par la définition du droit ou de la liberté même. Alors qu'un tribunal canadien pourrait sanctionner une protection constitutionnelle de la grève, par exemple en vertu de l'al. 2d) de la *Charte*, tout en maintenant certaines limites à la liberté de faire grève en vertu de l'article premier, cette démarche ne s'offre pas aux tribunaux américains. C'est pourquoi l'on s'attendrait à ce qu'on décrive de façon plus limitée la liberté elle-même. C'est avec ces deux réserves à l'esprit que nous abordons la position américaine.

Dans le cadre du présent pourvoi, il est important de souligner que la jurisprudence américaine appuie en général une conception de la liberté implicite d'association qui protège tout autant les activités de l'association que sa formation. Comme le dit le professeur L. H. Tribe dans *American Constitutional Law* (1978), à la p. 703, le Premier amendement protège [TRADUCTION] «la poursuite

sent fundamental rights in the context of purely individual activity”.

Similarly in *Healy v. James, supra*, the court emphasized the need to protect the integral activities of an association as a necessary component of freedom of association. In that case the court held that denial by a state college of official recognition to a group of students who wished to form a local chapter of Students for a Democratic Society (S.D.S.) violated First Amendment protection of freedom of association. In coming to its decision, the court stated at pp. 181-82:

... the organization's ability to participate in the intellectual give and take of campus debate, and to pursue its stated purposes, is limited by denial of access to the customary media for communicating with the administration, faculty members, and other students. [Emphasis added.]

Denial of official recognition made it impossible for the organization to engage in the activities necessary to fulfil its purposes and, accordingly, the denial was unconstitutional.

Trade unions have also been afforded protection by the First Amendment. Courts have held that the First Amendment includes the “right to organize collectively and to select representatives for the purposes of engaging in collective bargaining”: *United Federation of Postal Clerks v. Blount*, 325 F. Supp. 879 (D. D.C. 1971), at p. 883, aff'd 404 U.S. 802 (1971); *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945); *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp., supra*; *International Union, U.A.W.A. v. Wisconsin Employment Relations Board*, 336 U.S. 245 (1949). This right has been deemed “fundamental” by the Supreme Court: *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.* The First Amendment also protects the activities of trade unions in respect of securing legal representation for their members: *United Mine Workers v. Illinois State Bar Association*, 389 U.S. 217 (1967); *Railroad Trainmen v. Virginia ex rel. Virginia State Bar*, 377 U.S. 1 (1964).

concertée de fins qui représenteraient des droits fondamentaux dans le cas d'une activité purement individuelle».

De même, dans l'arrêt *Healy v. James*, précité, la cour a insisté sur la nécessité de protéger les activités inhérentes à une association, en tant que composante nécessaire de la liberté d'association. Dans cette affaire, la cour a jugé que le refus par une université d'État de reconnaître officiellement un groupe d'étudiants qui voulait constituer une section locale de la Students for a Democratic Society (S.D.S.) violait la liberté d'association garantie par le Premier amendement. En arrivant à sa décision, la cour déclare aux pp. 181 et 182:

[TRADUCTION] ... la capacité de l'organisation de participer au processus de concessions intellectuelles du débat universitaire et de poursuivre ses objectifs déclarés est limitée par le refus de donner accès aux moyens de communication habituels avec l'administration, les membres des facultés et les autres étudiants. [C'est moi qui souligne.]

En se voyant refuser la reconnaissance officielle, il devenait impossible pour l'organisation de s'engager dans les activités nécessaires pour atteindre ses objectifs et, en conséquence, le refus était inconstitutionnel.

Les syndicats ont aussi bénéficié de la protection du Premier amendement. Les tribunaux ont jugé que le Premier amendement inclut le [TRADUCTION] «droit de s'organiser collectivement et de se choisir des représentants afin de procéder à des négociations collectives»: *United Federation of Postal Clerks v. Blount*, 325 F. Supp. 879 (D. D.C. 1971), à la p. 883, conf. 404 U.S. 802 (1971); *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945); *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp., supra*; *International Union, U.A.W.A. v. Wisconsin Employment Relations Board*, 336 U.S. 245 (1949). Ce droit a été considéré comme «fondamental» par la Cour suprême: *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.* Le Premier amendement protège aussi les activités des syndicats pour ce qui est d'assurer une représentation par avocats à leurs membres: *United Mine Workers v. Illinois State Bar Association*, 389 U.S. 217 (1967); *Railroad Trainmen v. Virginia ex rel. Virginia State Bar*, 377 U.S. 1 (1964).

Although trade unions and some of their integral activities are considered by the courts to fall within the protection of the First Amendment, freedom to strike does not appear to be unequivocally protected. As the United States Supreme Court stated in *International Union, U.A.W.A. v. Wisconsin Employment Relations Board, supra*, at p. 259:

The right to strike, because of its more serious impact upon the public interest, is more vulnerable to regulation than the right to organize and select representatives for the lawful purposes of collective bargaining . . .

In a similar vein, in *United Federation of Postal Clerks v. Blount, supra*, constitutional protection for the right of public employees to strike was rejected. In so doing, the court acknowledged the importance of strikes in the private sector as a means of equalizing bargaining power, but felt that this rationale did not extend to public employees given their potential ability to influence political decisions through strike action.

In my view, these decisions illustrate an internal balancing of the implied freedom of association with the public interest at the point of definition of the freedom itself. The cases in which a line was drawn to exclude strike activity from the scope of constitutionally protected associational activities are indicative of the strength of the countervailing concerns (i.e., the public interest) which would find recognition under the *Charter* in s. 1 rather than in defining the scope of s. 2(d). When this balancing phenomenon is considered in conjunction with the implied or derivative status of freedom of association, the hesitation of courts to extend freedom of association to include the right to strike in the public sector is understandable.

In summary, my understanding of the United States authorities on freedom of association and its application in the context of labour relations is this: Freedom of association is implicitly guaranteed by the First Amendment and protects the concerted pursuit of ends which are explicitly protected by the First Amendment, namely speech,

Quoique les syndicats et certaines de leurs activités intrinsèques soient considérés par les tribunaux comme protégés par le Premier amendement, la liberté de grève ne semble pas clairement garantie. Comme l'a dit la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *International Union, U.A.W.A. v. Wisconsin Employment Relations Board*, précité, à la p. 259:

[TRADUCTION] Le droit de grève, à cause de l'effet plus important qu'il a sur l'intérêt public, est plus sensible à la réglementation que le droit de s'organiser et de choisir des représentants pour les fins licites de la négociation collective . . .

Dans la même veine, dans l'arrêt *United Federation of Postal Clerks v. Blount*, précité, la garantie constitutionnelle du droit de grève des salariés du secteur public a été rejetée. Ce faisant, la cour a reconnu l'importance des grèves dans le secteur privé comme moyen d'équilibrer le pouvoir de négociation, mais elle a estimé que ce raisonnement ne pouvait s'appliquer aux salariés du secteur public, étant donné qu'ils sont en mesure, par la grève, d'influer éventuellement sur les décisions politiques.

À mon avis, ces décisions illustrent l'équilibre interne qui existe entre la liberté implicite d'association et l'intérêt public au niveau de la définition de la liberté elle-même. Les cas où une ligne de démarcation a été tracée pour exclure la grève du champ des activités d'une association protégées par la Constitution montrent l'importance des intérêts opposés (c.-à-a. l'intérêt public) qui seraient reconnus dans la *Charte* à son article premier plutôt que dans une définition de la portée de l'al. 2d). Lorsque ce phénomène d'équilibre est considéré concurremment avec le statut implicite ou dérivé de la liberté d'association, on comprend l'hésitation des tribunaux à élargir la liberté d'association de manière à inclure le droit de grève dans le secteur public.

En bref, voici comment je conçois la jurisprudence américaine sur la liberté d'association et son application dans le contexte des relations de travail. La liberté d'association est implicitement garantie par le Premier amendement et protège la poursuite concertée des fins expressément protégées par le Premier amendement, soit les libertés

assembly and petition; in the trade union context, the First Amendment's freedom of association protects the right to organize and select representatives for collective bargaining; it also protects the activities of trade unions in respect of securing legal representation for their members; nevertheless, freedom to strike in the public sector is not protected by the implied freedom of association in the First Amendment.

(iv) International Law

International law provides a fertile source of insight into the nature and scope of the freedom of association of workers. Since the close of the Second World War, the protection of the fundamental rights and freedoms of groups and individuals has become a matter of international concern. A body of treaties (or conventions) and customary norms now constitutes an international law of human rights under which the nations of the world have undertaken to adhere to the standards and principles necessary for ensuring freedom, dignity and social justice for their citizens. The *Charter* conforms to the spirit of this contemporary international human rights movement, and it incorporates many of the policies and prescriptions of the various international documents pertaining to human rights. The various sources of international human rights law—declarations, covenants, conventions, judicial and quasi-judicial decisions of international tribunals, customary norms—must, in my opinion, be relevant and persuasive sources for interpretation of the *Charter's* provisions.

In particular, the similarity between the policies and provisions of the *Charter* and those of international human rights documents attaches considerable relevance to interpretations of those documents by adjudicative bodies, in much the same way that decisions of the United States courts under the Bill of Rights, or decisions of the courts of other jurisdictions are relevant and may be persuasive. The relevance of these documents in *Charter* interpretation extends beyond the stand-

de parole, d'assemblée et de pétition. Dans le cadre syndical, la liberté d'association du Premier amendement garantit le droit de s'organiser et de se choisir des représentants afin de procéder à des négociations collectives. Elle protège aussi les activités des syndicats qui cherchent à assurer une représentation par avocats à leurs membres. Néanmoins, la liberté de grève dans le secteur public n'est pas garantie par la liberté implicite d'association qu'on trouve dans le Premier amendement.

(iv) Le droit international

Le droit international nous donne un bon aperçu de la nature et de la portée de la liberté d'association des travailleurs. Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, la protection des droits et libertés fondamentaux collectifs et individuels est devenue une question d'intérêt international. Il existe maintenant un droit international des droits de la personne constitué d'un ensemble de traités (ou conventions) et de règles coutumières, en vertu duquel les nations du monde se sont engagées à adhérer aux normes et aux principes nécessaires pour assurer la liberté, la dignité et la justice sociale à leurs ressortissants. La *Charte* est conforme à l'esprit de ce mouvement international contemporain des droits de la personne et elle comporte un bon nombre des principes généraux et prescriptions des divers instruments internationaux concernant les droits de la personne. Les diverses sources du droit international des droits de la personne—les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières—doivent, à mon avis, être considérées comme des sources pertinentes et persuasives quant il s'agit d'interpréter les dispositions de la *Charte*.

En particulier, la similarité entre les principes généraux et les dispositions de la *Charte* et ceux des instruments internationaux concernant les droits de la personne confère une importance considérable aux interprétations de ces instruments par des organes décisionnels, tout comme les jugements des tribunaux américains portant sur le Bill of Rights ou ceux des tribunaux d'autres ressorts sont pertinents et peuvent être persuasifs. L'importance de ces instruments pour ce qui est d'interpré-

ards developed by adjudicative bodies under the documents to the documents themselves. As the Canadian judiciary approaches the often general and open textured language of the *Charter*, "the more detailed textual provisions of the treaties may aid in supplying content to such imprecise concepts as the right to life, freedom of association, and even the right to counsel". J. Claydon, "International Human Rights Law and the Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 287, at p. 293.

Furthermore, Canada is a party to a number of international human rights Conventions which contain provisions similar or identical to those in the *Charter*. Canada has thus obliged itself internationally to ensure within its borders the protection of certain fundamental rights and freedoms which are also contained in the *Charter*. The general principles of constitutional interpretation require that these international obligations be a relevant and persuasive factor in *Charter* interpretation. As this Court stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, interpretation of the *Charter* must be "aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection". The content of Canada's international human rights obligations is, in my view, an important indicia of the meaning of "the full benefit of the *Charter's* protection". I believe that the *Charter* should generally be presumed to provide protection at least as great as that afforded by similar provisions in international human rights documents which Canada has ratified.

In short, though I do not believe the judiciary is bound by the norms of international law in interpreting the *Charter*, these norms provide a relevant and persuasive source for interpretation of the provisions of the *Charter*, especially when they

ter la *Charte* va au-delà des normes élaborées par des organes décisionnels en vertu de ces instruments et touche ces instruments mêmes. Lorsque les juges canadiens sont saisis du texte, souvent rédigé en termes généraux et d'acception fort large, de la *Charte* [TRADUCTION] «le texte souvent plus détaillé des dispositions des traités peut être utile pour donner un contenu à des concepts aussi imprécis que le droit à la vie, la liberté d'association et même le droit à l'assistance d'un avocat». J. Claydon, «International Human Rights Law and the Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 287, à la p. 293.

En outre, le Canada est partie à plusieurs conventions internationales sur les droits de la personne qui comportent des dispositions analogues ou identiques à celles de la *Charte*. Le Canada s'est donc obligé internationalement à assurer à l'intérieur de ses frontières la protection de certains droits et libertés fondamentaux qui figurent aussi dans la *Charte*. Les principes généraux d'interprétation constitutionnelle requièrent que ces obligations internationales soient considérées comme un facteur pertinent et persuasif quand il s'agit d'interpréter la *Charte*. Comme cette Cour l'a déclaré dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, l'interprétation de la *Charte* doit «viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*». Le contenu des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne est, à mon avis, un indice important du sens de l'expression «bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*». Je crois qu'il faut présumer, en général, que la *Charte* accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifié en matière de droits de la personne.

En somme, bien que je ne croie pas que les juges soient liés par les normes du droit international quand ils interprètent la *Charte*, il reste que ces normes constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de cette

arise out of Canada's international obligations under human rights conventions.

(a) *The United Nations Covenants on Human Rights*

In an effort to make more specific the broad principles agreed to under the United Nations *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), two human rights covenants were adopted unanimously by the United Nations General Assembly on December 16, 1966: the U.N. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), and the U.N. *International Covenant on Civil and Political Rights*, G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966). Canada acceded to both Covenants on May 19, 1976 and they came into effect on August 19, 1976. Prior to accession the Federal Government obtained the agreement of the provinces, all of whom undertook to take measures for implementation of the Covenants in their respective jurisdictions. See generally, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Report of Canada on Articles 10 to 12* (1982), at pp. 1-8.

Both of the Covenants contain explicit provisions relating to freedom of association and trade unions. Article 8 of the U.N. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* provides the following:

Article 8

1. The States Parties to the present Covenant undertake to ensure:

- (a) The right of everyone to form trade unions and join the trade union of his choice, subject only to the rules of the organization concerned, for the promotion and protection of his economic and social interests. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national

dernière, plus particulièrement lorsqu'elles découlent des obligations internationales contractées par le Canada sous le régime des conventions sur les droits de la personne.

a) *Les pactes des Nations unies sur les droits de la personne*

Dans le but de préciser les grands principes souscrits dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* des Nations unies, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), deux pactes sur les droits de la personne ont été adoptés à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations unies le 16 décembre 1966: le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* des Nations unies, A.G. Rés. 2200 A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 49, Doc. A/6316 N.U. (1966), et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* des Nations unies, A.G. Rés. 2200 A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966). Le Canada a adhéré aux deux pactes le 19 mai 1976 et ceux-ci sont entrés en vigueur le 19 août 1976. Avant d'adhérer, le gouvernement fédéral a obtenu l'agrément des provinces qui se sont toutes engagées à prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre des pactes dans leurs ressorts respectifs. Voir en général: *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels: Rapport du Canada sur les articles 10 à 12* (1982), aux pp. 1 à 8.

Les deux pactes comportent des dispositions expresses concernant la liberté d'association et les syndicats. L'Article 8 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* des Nations unies stipule:

Article 8

1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer:

- a) Le droit qu'a toute personne de former avec d'autres des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix, sous la seule réserve des règles fixées par l'organisation intéressée, en vue de favoriser et de protéger ses intérêts économiques et sociaux. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires,

security or public order or for the protection of the rights and freedoms of others;

(b) The right of trade unions to establish national federations or confederations and the right of the latter to form or join international trade-union organizations;

(c) The right of trade unions to function freely subject to no limitations other than those prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security of public order or for the protection of the rights and freedoms of others;

(d) The right to strike, provided that it is exercised in conformity with the laws of the particular country.

2. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces or of the police or of the administration of the State.

3. Nothing in this article shall authorize States Parties to the International Labour Organization Convention of 1948 concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize to take legislative measures which would prejudice, or apply the law in such a manner as would prejudice, the guarantees provided for in that Convention.

Article 8(1)(c) extends protection to trade union activities by protecting their right "to function freely". Moreover, explicit reference to strike activity is found in Article 8(1)(d). According to it, Canada has undertaken internationally to ensure "The right to strike, provided that it is exercised in conformity with the laws of the particular country". This qualification that the right must be exercised in conformity with domestic law does not, in my view, allow for legislative abrogation of the right though it would appear to allow for regulation of the right: see *Re Alberta Union of Provincial Employees and the Crown in Right of Alberta* (1980), 120 D.L.R. (3d) 590 (Alta. Q.B.), at p. 597. Article 8(2) provides that the rights in Article 8 can be restricted in respect of members of the armed forces, police, or those involved in the administration of the State. This provision, however, is subject to the non-derogation clause, Article 8(3).

dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui;

b) Le droit qu'ont les syndicats de former des fédérations ou des confédérations nationales et le droit qu'ont celles-ci de former des organisations syndicales internationales ou de s'y affilier;

c) Le droit qu'ont les syndicats d'exercer librement leur activité, sans limitations autres que celles qui sont prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui;

d) Le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays.

2. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique.

3. Aucune disposition du présent article ne permet aux États parties à la Convention de 1948 de l'Organisation internationale du Travail concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical de prendre des mesures législatives portant atteinte—ou d'appliquer la loi de façon à porter atteinte—aux garanties prévues dans ladite convention.

L'alinéa 8(1)c) étend la protection aux activités syndicales en garantissant aux syndicats le droit «d'exercer librement leur activité». En outre, le droit de grève est mentionné expressément à l'al. 8(1)d). Suivant cet alinéa, le Canada s'est engagé internationalement à assurer «Le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays». Cette réserve portant que le droit doit être exercé conformément au droit interne, n'autorise pas, à mon avis, l'abrogation législative du droit bien qu'elle paraisse autoriser sa réglementation: voir l'arrêt *Re Alberta Union of Provincial Employees and the Crown in Right of Alberta* (1980), 120 D.L.R. (3d) 590 (B.R. Alb.), à la p. 597. Le paragraphe 8(2) stipule que les droits garantis par l'Article 8 peuvent être soumis à des restrictions dans le cas des membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique. Cette disposition est toutefois assujettie à la clause de non-dérogation du par. 8(3).

The relevant provisions of the U.N. *International Covenant on Civil and Political Rights* are found in Article 22 of that document. They are as follows:

Article 22

1. Everyone shall have the right to freedom of association with others, including the right to form and join trade unions for the protection of his interests.
2. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those which are prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, public order (*ordre public*), the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on members of the armed forces and of the police in their exercise of this right.
3. Nothing in this article shall authorize States Parties to the International Labour Organisation Convention of 1948 concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize to take legislative measures which would prejudice, or to apply the law in such a manner as to prejudice, the guarantees provided for in that Convention.

Article 22 provides for "freedom of association with others, including the right to form and join trade unions for the protection of [the individual's] interests". Restrictions are justified in certain circumstances under Article 22(2). The third section of Article 22, like Article 8(3) of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, makes it clear that the article is not to be interpreted as authorizing legislative measures that would prejudice the guarantees of International Labour Organization Convention No. 87 to which I shall now turn.

(b) *International Labour Organization (I.L.O.) Convention No. 87*

As a specialized agency of the United Nations, with representatives of labour, management, and government, the I.L.O. is concerned with safeguarding fair and humane conditions of employment. In the present appeal, it is important to consider the *Convention (No. 87) Concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize*, 67 U.N.T.S. 18 (1948), which

On trouve les dispositions pertinentes du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* à son Article 22, que voici:

Article 22

1. Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts.
2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques ou les droits et les libertés d'autrui. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ce droit par les membres des forces armées et de la police.
3. Aucune disposition du présent article ne permet aux États parties à la Convention de 1948 de l'Organisation internationale du Travail concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical de prendre des mesures législatives portant atteinte—ou d'appliquer la loi de façon à porter atteinte—aux garanties prévues dans ladite convention.

L'Article 22 consacre «le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts». Des restrictions sont justifiées dans certains cas en vertu du par. 22(2). Le troisième paragraphe de l'Article 22, tout comme le par. 8(3) du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, dit clairement que cet article ne saurait être interprété comme permettant de prendre des mesures législatives portant atteinte aux garanties prévues dans la convention n° 87 de l'Organisation internationale du Travail que je vais maintenant examiner.

b) *Convention n° 87 de l'Organisation internationale du Travail (O.I.T)*

En tant qu'institution spécialisée des Nations unies, qui compte des représentants des travailleurs, des employeurs et des gouvernements, l'O.I.T. a pour objet de garantir des conditions justes et humaines de travail. En l'espèce, il importe d'examiner la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 67 R.T.N.U. 19 (1948), que le Canada a

was ratified by Canada in 1972 and came into force on March 23, 1972. As of December 31, 1984, 97 states had ratified it. The relevant provisions of Convention No. 87 include the following:

PART I. FREEDOM OF ASSOCIATION

Article 1

Each Member of the International Labour Organisation for which this Convention is in force undertakes to give effect to the following provisions.

Article 2

Workers and employers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and, subject only to the rules of the organisation concerned, to join organisations of their own choosing without previous authorisation.

Article 3

1. Workers' and employers' organisations shall have the right to draw up their constitutions and rules, to elect their representatives in full freedom, to organise their administration and activities and to formulate their programmes.

2. The public authorities shall refrain from any interference which would restrict this right or impede the lawful exercise thereof.

Article 4

Workers' and employers' organisations shall not be liable to be dissolved or suspended by administrative authority.

Article 5

Workers' and employers' organisations shall have the right to establish and join federations and confederations and any such organisation, federation or confederation shall have the right to affiliate with international organisations of workers and employers.

Article 6

The provisions of articles 2, 3 and 4 hereof apply to federations and confederations of workers' and employers' organisations.

Article 7

The acquisition of legal personality by workers' and employers' organisations, federations and confederations shall not be made subject to conditions of such a charac-

ratifiée en 1972 et qui est entrée en vigueur le 23 mars 1972. Le 31 décembre 1984, 97 États l'avaient ratifiée. Les dispositions pertinentes de la convention n° 87 sont notamment les suivantes:

PARTIE I. LIBERTÉ SYNDICALE

Article 1

Tout Membre de l'Organisation internationale du Travail pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à donner effet aux dispositions suivantes.

Article 2

Les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières.

Article 3

1. Les organisations de travailleurs et d'employeurs ont le droit d'élaborer leurs statuts et règlements administratifs, d'élire librement leurs représentants, d'organiser leur gestion et leur activité, et de formuler leur programme d'action.

2. Les autorités publiques doivent s'abstenir de toute intervention de nature à limiter ce droit ou à en entraver l'exercice légal.

Article 4

Les organisations de travailleurs et d'employeurs ne sont pas sujettes à dissolution ou à suspension par voie administrative.

Article 5

Les organisations de travailleurs et d'employeurs ont le droit de constituer des fédérations et des confédérations ainsi que celui de s'y affilier, et toute organisation, fédération ou confédération a le droit de s'affilier à des organisations internationales de travailleurs et d'employeurs.

Article 6

Les dispositions des articles 2, 3 et 4 ci-dessus s'appliquent aux fédérations et aux confédérations des organisations de travailleurs et d'employeurs.

Article 7

L'acquisition de la personnalité juridique par les organisations de travailleurs et d'employeurs, leurs fédérations et confédérations, ne peut pas être subordonnée à

ter as to restrict the application of the provisions of articles 2, 3 and 4 hereof.

Article 8

1. In exercising the rights provided for in this Convention workers and employers and their respective organisations, like other persons or organised collectivities, shall respect the law of the land.

2. The law of the land shall not be such as to impair, nor shall it be so applied as to impair, the guarantees provided for in this Convention.

Article 9

1. The extent to which the guarantees provided for in this Convention shall apply to the armed forces and the police shall be determined in national laws or regulations.

2. In accordance with the principle set forth in paragraph 8 of Article 19 of the Constitution of the International Labour Organisation the ratification of this Convention by any Member shall not be deemed to affect any existing law, award, custom or agreement in virtue of which members of the armed forces or the police enjoy any right guaranteed by this Convention.

Article 10

In this Convention the term 'organisation' means any organisation of workers or of employers for furthering and defending the interests of workers or of employers.

**PART II. PROTECTION OF THE RIGHT
TO ORGANISE**

Article 11

Each Member of the International Labour Organisation for which this Convention is in force undertakes to take all necessary and appropriate measures to ensure that workers and employers may exercise freely the right to organise.

These provisions have been interpreted by various I.L.O. bodies including: the Committee on Freedom of Association, established by the Governing Body in 1950-51 to examine complaints of violations of trade union rights; the Committee of Experts, which assesses government reports on the application of I.L.O. standards and conventions in member states; and Commissions of Inquiry,

des conditions de nature à mettre en cause l'application des dispositions des articles 2, 3 et 4 ci-dessus.

Article 8

1. Dans l'exercice des droits qui leur sont reconnus par la présente convention, les travailleurs, les employeurs et leurs organisations respectives sont tenus, à l'instar des autres personnes ou collectivités organisées, de respecter la légalité.

2. La législation nationale ne devra porter atteinte ni être appliquée de manière à porter atteinte aux garanties prévues par la présente convention.

Article 9

1. La mesure dans laquelle les garanties prévues par la présente convention s'appliqueront aux forces armées et à la police sera déterminée par la législation nationale.

2. Conformément aux principes établis par le paragraphe 8 de l'article 19 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, la ratification de cette convention par un Membre ne devra pas être considérée comme affectant toute loi, toute sentence, toute coutume ou tout accord déjà existants qui accordent aux membres des forces armées et de la police des garanties prévues par la présente convention.

Article 10

Dans la présente convention, le terme «organisation» signifie toute organisation de travailleurs ou d'employeurs ayant pour but de promouvoir et de défendre les intérêts des travailleurs ou des employeurs.

**PARTIE II. PROTECTION DU DROIT
SYNDICAL**

Article 11

Tout Membre de l'Organisation internationale du Travail pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à prendre toutes mesures nécessaires et appropriées en vue d'assurer aux travailleurs et aux employeurs le libre exercice du droit syndical.

Ces dispositions ont été interprétées par les divers organes de l'O.I.T., notamment: le Comité de la liberté syndicale, créé par le Conseil d'administration en 1950-1951 pour étudier les plaintes de violation des droits syndicaux, la Commission d'experts qui procède à l'évaluation des rapports des gouvernements sur l'application des normes et des conventions de l'O.I.T. dans les États mem-

appointed by the Governing Body to investigate particular complaints of non-compliance by member-states. (See generally, N. Valticos, *International Labour Law* (1979).)

Interpretations of conventions are only authoritative under the I.L.O. Constitution if rendered by the International Court of Justice (and tribunals under Article 37(2) in lieu thereof) or, it would appear, by Commissions of Inquiry where the dispute is not referred to the Court: see E. Osieke, "The Exercise of the Judicial Function with Respect to the International Labour Organization" (1974-75), 47 *Brit. Y.B. Int'l L.* 315. The decisions of the Committee on Freedom of Association and the Committee of Experts are not binding though, as M. Forde points out, the former "comprise the cornerstone of the international law on trade union freedom and collective bargaining": "The European Convention on Human Rights and Labor Law" (1983), 31 *Am. J. Comp. L.* 301, at p. 302.

The general principle to emerge from interpretations of Convention No. 87 by these decision-making bodies is that freedom to form and organize unions, even in the public sector, must include freedom to pursue the essential activities of unions, such as collective bargaining and strikes, subject to reasonable limits. A Commission of Inquiry, appointed to investigate a complaint against Greece, held that strike activity is implicitly protected by Convention No. 87: *I.L.O. Official Bulletin: Special Supplement*, vol. LIV, No. 2, 1971. The Committee of Experts has reached the same conclusion in its deliberations, pointing out that prohibitions on the right to strike may, unless certain conditions are met, violate Convention No. 87:

214. In the opinion of the Committee, the principle whereby the right to strike may be limited or prohibited in the public service or in essential services, whether public, semi-public or private, would become meaningless if the legislation defined the public service or essential services too broadly. As the Committee has already mentioned in previous general surveys, the prohibition should be confined to public servants acting in their

bres, et les commissions d'enquête constituées par le Conseil d'administration pour étudier les plaintes particulières de contravention par les États membres. (Voir en général, N. Valticos, *Droit international du travail* (2^e éd. 1983).)

Les interprétations des conventions ne font autorité en vertu de la Constitution de l'O.I.T. que si elles sont données par la Cour internationale de justice (et par les tribunaux constitués en vertu du par. 37(2) en son lieu et place) ou, semble-t-il, par les commissions d'enquête lorsque le différend n'est pas soumis à cette cour: voir E. Osieke, «The Exercise of the Judicial Function with Respect to the International Labour Organization» (1974-75), 47 *Brit. Y.B. Int'l L.* 315. Les décisions du Comité de la liberté syndicale et de la Commission d'experts n'ont pas de force exécutoire quoique, comme M. Forde le souligne, celles-ci [TRADUCTION] «constituent la pierre angulaire du droit international en matière de liberté syndicale et de négociation collective»: «The European Convention on Human Rights and Labor Law» (1983), 31 *Am. J. Comp. L.* 301, à la p. 302.

Le principe général qui émerge des interprétations que ces organes décisionnels ont donné de la convention n° 87 est que la liberté de constituer et d'organiser des syndicats doit, même dans le secteur public, comprendre la liberté d'exercer les activités essentielles des syndicats, telles la négociation collective et la grève, sous réserve de limites raisonnables. Une commission d'enquête, constituée pour examiner une plainte portée contre la Grèce, a jugé que le droit de grève est implicitement garanti par la convention n° 87: *Bulletin officiel du B.I.T.: Supplément spécial*, vol. LIV, n° 2, 1971. La Commission d'experts est arrivée à la même conclusion dans ses délibérations, rappelant que l'interdiction du droit de grève peut, à moins que certaines conditions ne soient remplies, violer la convention n° 87:

214. De l'avis de la commission, le principe selon lequel le droit de grève peut être limité, voire interdit dans la fonction publique ou les services essentiels—qu'ils soient publics, semi-publics ou privés—perdrait tout son sens si la législation retenait une définition trop extensive de la fonction publique ou des services essentiels. Comme l'a déjà mentionné la commission dans des études d'ensemble antérieures, l'interdiction devrait être

capacity as agents of the public authority or to services whose interruption would endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population. Moreover, if strikes are restricted or prohibited in the public service or in essential services, appropriate guarantees must be afforded to protect workers who are thus denied one of the essential means of defending their occupational interests. Restrictions should be offset by adequate impartial and speedy conciliation and arbitration procedures, in which the parties concerned can take part at every stage and in which the awards should in all cases be binding on both parties. Such awards, once rendered, should be rapidly and fully implemented.

(Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 4(B)), International Labour Conference, 69th Session, Geneva, International Labour Office, 1983, at p. 66.)

These same principles are manifest in the reports of the Freedom of Association Committee of the Governing Body. In a recent summary of principles established by the Freedom of Association Committee in its decisions, the following paragraphs appear:

416. A general prohibition of strikes seriously limits the means available to trade unions to further and defend the interests of their members (Article 10 of Convention No. 87) and the right to organise their activities (Article 3).

417. Where legislation directly or indirectly places an absolute prohibition on strikes the Committee has endorsed the opinion of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations that such a prohibition may constitute an important restriction of the potential activities of trade unions, which would not be in conformity with the generally recognised principles of freedom of association.

386. Referring to its recommendation that restrictions on the right to strike would be acceptable if accompanied by conciliation and arbitration procedures, the Committee has made it clear that this recommendation does not refer to the absolute prohibition of the right to strike but to the restriction of that right in

limitée aux fonctionnaires agissant en tant qu'organes de la puissance publique ou aux services dont l'interruption mettrait en danger, dans l'ensemble ou dans une partie de la population, la vie, la sécurité ou la santé de la personne. En outre, si le droit de grève fait l'objet de restrictions ou d'interdiction dans la fonction publique ou les services essentiels, des garanties appropriées doivent être accordées pour protéger les travailleurs ainsi privés d'un moyen essentiel de défense de leurs intérêts professionnels. Les restrictions devraient être compensées par des procédures de conciliation et d'arbitrage appropriées, impartiales et rapides, aux diverses étapes desquelles les intéressés devraient pouvoir participer, et les décisions arbitrales devraient être dans tous les cas obligatoires pour les deux parties. De tels jugements, une fois rendus, devraient être exécutés rapidement et de façon complète.

(Liberté syndicale et négociation collective: Étude d'ensemble de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Rapport III (Partie 4(B)), Conférence internationale du Travail, 69^e session, Genève, Bureau international du Travail, 1983, aux pp. 67 et 68.)

Ces mêmes principes sont manifestes dans les rapports du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration. Dans un résumé récent des principes établis dans les décisions du Comité de la liberté syndicale, on trouve les paragraphes suivants:

416. Une interdiction générale de la grève limite considérablement les moyens dont les syndicats disposent pour promouvoir et défendre les intérêts de leurs membres (article 10 de la convention n° 87), de même que le droit des syndicats d'organiser leur activité (article 3).

417. Dans les cas où la législation imposait, directement ou indirectement, une interdiction absolue de la grève, le comité a fait sienne l'opinion de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, à savoir qu'une telle interdiction risque de constituer une limitation importante aux possibilités d'action des organisations syndicales, limitation qui n'est pas compatible avec les principes généralement admis en matière de liberté syndicale.

386. En se référant à sa recommandation selon laquelle des restrictions au droit de grève seraient acceptables si elles sont assorties de procédures de conciliation et d'arbitrage, le comité a précisé que cette recommandation ne concerne pas l'interdiction absolue du droit de grève, mais la restriction de ce droit dans les services

essential services or in the public service, in relation to which adequate guarantees should be provided to safeguard the workers' interests.

387. The substitution by legislative means of compulsory arbitration for the right to strike as a means of resolving labour disputes can only be justified in respect of essential services in the strict sense of the term (i.e. those services whose interruption would endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population).

(Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the I.L.O., 3rd ed., Geneva, International Labour Office, 1985).

These principles were recently applied in relation to a number of complaints originating in Canada, in particular, in Alberta, Ontario and Newfoundland. A number of the provisions impugned as being in violation of Convention No. 87 are the subject of this Reference. It is helpful, in the present context, to look at the Freedom of Association Committee's conclusions and recommendations on the provisions relating to prohibitions on strike activity. These conclusions and recommendations were approved unanimously by the I.L.O.'s Governing Body.

The complaint (Case No. 1247) was launched by the Canadian Labour Congress on behalf of the Alberta Union of Provincial Employees against the Government of Canada (Alberta). In discussing s. 93 of the *Public Service Act*, which bans strike activity of provincial government employees, the Committee summarized the principles applicable to complaints about infringements of Convention No. 87 as follows:

131. The Committee recalls that it has been called to examine the strike ban in a previous case submitted against the Government of Canada/Alberta (Case No. 893, most recently examined in the 204th Report, paras. 121 to 134, approved by the Governing Body at its 214th Session (November 1980).). In that case the Committee recalled that the right to strike, recognised as deriving from Article 3 of the Convention, is an essential means by which workers may defend their occupational interests. It also recalled that, if limitations on strike action are to be applied by legislation, a distinction should be made between publicly-owned

essentiels ou dans la fonction publique, auquel cas il a été établi qu'il devrait être prévu des garanties appropriées pour protéger les intérêts des travailleurs.

387. L'imposition par voie législative de l'arbitrage obligatoire à la place du droit de grève pour résoudre les conflits du travail ne peut se justifier que dans les services essentiels au sens strict du terme—à savoir les services dont l'interruption pourrait mettre en péril la vie, la sécurité ou la santé de la personne dans une partie ou dans la totalité de la population.

(La liberté syndicale: Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du B.I.T., 3^e éd., Genève, Bureau international du Travail, 1985.)

Ces principes ont été récemment appliqués relativement à un certain nombre de plaintes en provenance du Canada, notamment de l'Alberta, de l'Ontario et de Terre-Neuve. Un bon nombre des dispositions attaquées pour le motif qu'elles violent la convention n° 87 font l'objet du présent renvoi. Il est utile, en l'espèce, de prendre connaissance des conclusions et recommandations du Comité de la liberté syndicale concernant les dispositions relatives aux interdictions de faire grève. Ces conclusions et recommandations ont été approuvées à l'unanimité par le Conseil d'administration du B.I.T.

La plainte (cas n° 1247) a été portée par le Congrès du travail du Canada au nom de l'Alberta Union of Provincial Employees contre le gouvernement du Canada (Alberta). Dans l'étude de l'art. 93 de la *Public Service Act*, qui interdit aux salariés du gouvernement provincial de faire grève, le Comité résume ainsi les principes applicables aux plaintes d'infraction à la convention n° 87:

131. Le comité rappelle qu'il a été appelé à examiner la question de l'interdiction de la grève dans un cas précédent mettant en cause le gouvernement du Canada/Alberta. (Voir cas n° 893, examiné le plus récemment dans le 204^e rapport, paragr. 121 à 134, approuvé par le Conseil d'administration à sa 214^e session (novembre 1980).) Dans ce cas, le comité a rappelé que le recours à la grève, reconnu comme découlant de l'article 3 de la convention, est un des moyens essentiels dont les travailleurs disposent pour défendre leurs intérêts professionnels. Il a aussi rappelé que, si des limites doivent être mises au recours à la grève par la voie législative, il

undertakings which are genuinely essential, i.e. those which supply services whose interruption would endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population, and those which are not essential in the strict sense of the term. The Governing Body, on the Committee's recommendation, drew the attention of the Government to this principle and suggested to the Government that it consider the possibility of introducing an amendment to the Public Service Employee Relations Act in order to confine the prohibition of strikes to services which are essential in the strict sense of the term. In the present case, the Committee would again draw attention to its previous conclusions on section 93 of the Act.

(*I.L.O. Official Bulletin*, vol. LXVIII, Series B, No. 3, 1985, pp. 34-35.)

The Committee reached similar conclusions in respect of s. 117.1 of the *Labour Relations Act*:

132. Linked to this question of restrictions on the right to strike is one of the specific written allegations, namely that an amendment contained in Bill 44 to section 117.1 of the *Labour Relations Act* prohibits the right to strike of all hospital employees. The Committee notes that this broad exclusion covers kitchen help, janitors, gardeners, etc. but that the Government told the representative of the Director-General that only small groups were affected by section 117.1 and that this question was, in any event, being challenged in the Alberta Court of Appeal and the Canadian Supreme Court. Given that this provision is not sufficiently specific as regards the important qualification of "essential employee", the Committee refers to the principle set out in the above paragraph concerning circumstances in which recourse to strike action may be prohibited. It requests the Government to re-examine section 117.1 so as to confine the prohibition of strikes to services which are essential in the strict sense of the term.

(*I.L.O. Official Bulletin*, *supra*, p. 35.)

(c) *Summary of International Law*

The most salient feature of the human rights documents discussed above in the context of this case is the close relationship in each of them between the concept of freedom of association and the organization and activities of labour unions. As a party to these human rights documents, Canada

convient de distinguer entre les entreprises publiques qui sont réellement essentielles, c'est-à-dire qui fournissent des services dont l'interruption mettrait en danger la vie, la santé ou la sécurité de la personne dans tout ou partie de la population, et celles qui ne sont pas essentielles au sens strict du terme. Sur la recommandation du comité, le Conseil d'administration a attiré l'attention du gouvernement sur ce principe et lui a suggéré d'envisager une modification de la loi sur les relations professionnelles dans la fonction publique de façon à limiter l'interdiction de la grève aux services qui sont essentiels au sens strict du terme. Dans le présent cas, le comité souhaite attirer de nouveau l'attention sur ses précédentes conclusions au sujet de l'article 93 de la loi.

(*Bulletin officiel du B.I.T.*, vol. LXVIII, Série B, n° 3, 1985, pp. 38 et 39.)

Le Comité est arrivé à des conclusions similaires dans le cas de l'art. 117.1 de la *Labour Relations Act*:

132. À propos de cette question des restrictions au droit de grève, il convient de noter qu'aux termes d'une allégation écrite précise une modification à l'article 117.1 de la loi sur les relations professionnelles, contenue dans la loi n° 44, interdit la grève à tous les salariés des hôpitaux. Le comité note que cette exclusion globale vaut pour les aides de cuisine, les portiers, les jardiniers, etc., mais que le gouvernement a déclaré au représentant du Directeur général que l'article 117.1 n'avait de répercussions que pour de petits groupes et que, en tout état de cause, la question avait été portée devant la Cour d'appel de l'Alberta et la Cour suprême du Canada. Comme cette disposition n'est pas assez précise en ce qui concerne l'importante qualification d'«agent essentiel», le comité renvoie au principe rappelé dans le paragraphe précédent au sujet des circonstances dans lesquelles le recours à la grève peut être interdit. Il demande au gouvernement de réexaminer l'article 117.1 de façon que l'interdiction du droit de grève soit limitée aux services qui sont essentiels au sens strict du terme.

(*Bulletin officiel du B.I.T.*, précité, p. 39.)

c) *Résumé de l'état du droit international*

Le trait le plus saillant des instruments portant sur les droits de la personne analysés ci-dessus dans le cadre de la présente affaire est le lien étroit qu'établit chacun d'eux entre la notion de liberté d'association et l'organisation et les activités des syndicats. À titre de partie à ces instruments sur

is cognizant of the importance of freedom of association to trade unionism, and has undertaken as a binding international obligation to protect to some extent the associational freedoms of workers within Canada. Both of the U.N. human rights Covenants contain explicit protection of the formation and activities of trade unions subject to reasonable limits. Moreover, there is a clear consensus amongst the I.L.O. adjudicative bodies that Convention No. 87 goes beyond merely protecting the formation of labour unions and provides protection of their essential activities — that is of collective bargaining and the freedom to strike.

2. *The Meaning of s. 2(d)*

At the outset, it should be noted that, contrary to submissions by the respondent and some of the interveners in support, the purpose of s. 2 of the *Charter* must extend beyond merely protecting rights which already existed at the time of the *Charter's* entrenchment. This point was made clear in *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*. In that case the appellant submitted that “freedom of religion” in the *Charter* had the same meaning as that given it by this Court under the *Canadian Bill of Rights* in *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651. The Court rejected this argument (at pp. 342-44):

The basis of the majority's interpretation in *Robertson and Rosetanni*, *supra*, is the fact that the language of the *Canadian Bill of Rights* is merely declaratory: by s. 1 of the *Canadian Bill of Rights*, certain existing freedoms are “recognized and declared”, including freedom of religion.

It is not necessary to reopen the issue of the meaning of freedom of religion under the *Canadian Bill of Rights*, because whatever the situation under that document, it is certain that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not simply “recognize and declare” existing rights as they were circumscribed by legislation current at the time of the *Charter's* entrenchment. The language of the *Charter* is imperative. It avoids any reference to existing or continuing rights . . . I agree with the submission of the respondent that the *Charter*

les droits de la personne, le Canada est conscient de l'importance que revêt la liberté d'association pour le syndicalisme et a souscrit à l'obligation internationale exécutoire de protéger dans une certaine mesure les libertés d'association des travailleurs au Canada. Les deux pactes des Nations unies portant sur les droits de la personne comportent une protection expresse de la formation et des activités des syndicats, sous réserve de limites raisonnables. En outre, il existe un consensus manifeste au sein des organes décisionnels de l'O.I.T. suivant lequel la convention n° 87 ne se borne pas uniquement à protéger la formation des syndicats mais protège leurs activités fondamentales, soit la négociation collective et le droit de grève.

2. *Le sens de l'al. 2d)*

Au départ, il faut souligner que, contrairement à ce qu'avancent l'intimé et certains des intervenants qui l'appuient, l'art. 2 de la *Charte* ne doit pas avoir pour seul objet de garantir des droits qui existaient déjà au moment de l'enchéassement de la *Charte* dans la Constitution. Cela ressort clairement de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, précité. Dans cette affaire, l'appelante faisait valoir que la «liberté de religion» garantie par la *Charte* avait le sens que cette Cour lui avait donné en vertu de la *Déclaration canadienne des droits* dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] R.C.S. 651. La Cour a rejeté cet argument (aux pp. 342 à 344):

L'interprétation de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, se fonde sur le fait que le langage utilisé dans la *Déclaration canadienne des droits* est purement déclaratoire: à l'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits*, il est «reconnu et déclaré» que certaines libertés déjà existantes, notamment la liberté de religion, continuent d'exister.

Il n'est pas nécessaire de débattre à nouveau la question du sens de la liberté de religion reconnue dans la *Déclaration canadienne des droits* parce que, quel qu'ait pu être le cas sous le régime de celle-ci, il est certain que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne fait pas que «reconnaître et déclarer» l'existence de droits déjà existants dont l'étendue était délimitée par la législation en vigueur au moment de son enchéassement dans la Constitution. Le texte de la *Charte* est impératif. Elle évite de parler de droits existants ou de droits qui

is intended to set a standard upon which present as well as future legislation is to be tested. Therefore the meaning of the concept of freedom of conscience and religion is not to be determined solely by the degree to which that right was enjoyed by Canadians prior to the proclamation of the *Charter*.

It is clear from *Big M Drug Mart Ltd.*, that the meaning of a provision of the *Charter* is not to be determined solely on the basis of pre-existing rights or freedoms. In the present appeal, therefore, whether or not a right or freedom to strike existed prior to the *Charter*, by virtue of the common law or otherwise is not determinative of the meaning of s. 2(d) of the *Charter*.

Similarly, the scope of the *Charter*'s provisions is not to be confined by the fact of legislative regulation in a particular subject area. In argument, counsel for the respondent seemed to suggest that if freedom of association were interpreted to include strike activity, this would "constitutionalize" a statutory right. His argument appeared to be premised on the proposition that, because the 'right to strike' was a subject of legislative regulation prior to the *Charter*'s entrenchment, it followed that strike activity could not be a matter for constitutional protection after entrenchment of the *Charter*. While it may be true that the *Charter* was not framed for the purpose of guaranteeing rights conferred by legislative enactment, the view that certain rights and freedoms cannot be protected by the *Charter*'s provisions because they are the subject of statutory regulation is premised on a fundamental misconception about the nature of judicial review under a written constitution.

The Constitution is supreme law. Its provisions are not to be circumscribed by what the Legislature has done in the past, but, rather, the activities of the Legislature—past, present and future—must be consistent with the principles set down in the Constitution. As stated in *Reference re*

continuent d'exister . . . Je suis d'accord avec l'intimée que la *Charte* vise à établir une norme en fonction de laquelle les lois actuelles et futures seront appréciées. Donc, le sens du concept de la liberté de conscience et de religion ne doit pas être déterminé uniquement en fonction de la mesure dans laquelle les Canadiens jouissaient de ce droit avant la proclamation de la *Charte*.

Il se dégage clairement de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* que le sens d'une disposition de la *Charte* ne saurait être déterminé uniquement en fonction de droits et libertés préexistants. Par conséquent, dans le présent pourvoi, la question de savoir si un droit ou une liberté de faire la grève existait antérieurement à la *Charte*, que ce soit en vertu de la *common law* ou autrement, ne saurait être déterminante quant au sens de l'al. 2d) de la *Charte*.

De même, la portée des dispositions de la *Charte* ne saurait être restreinte par l'existence de quelque réglementation législative dans un domaine particulier. Au cours du débat, l'avocat de l'intimé semble avoir laissé entendre que si la liberté d'association devait être interprétée de façon à inclure le droit de grève, cela aurait pour effet de «constitutionaliser» un droit conféré par la loi. Son argument paraît fondé sur la prémisse que, puisque le «droit de grève» a fait l'objet d'une réglementation législative avant l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution, il s'ensuit que la grève ne saurait faire l'objet d'une garantie constitutionnelle après cet enchâssement. Bien qu'il puisse être vrai que la *Charte* n'a pas été conçue pour garantir des droits conférés par un texte législatif, le point de vue selon lequel certains droits et libertés ne sauraient être protégés par les dispositions de la *Charte* parce qu'ils font l'objet d'une réglementation législative se fonde sur une conception fondamentalement erronée de la nature de l'examen judiciaire effectué en vertu d'une constitution écrite.

La Constitution est la loi suprême. Ses dispositions ne sauraient être circonscrites par ce que le législateur a fait dans le passé; au contraire, les activités du législateur—passées, présentes et futures—doivent être conformes aux principes énoncés dans la Constitution. Comme le dit le *Renvoi*

Manitoba Language Rights, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 745:

The Constitution of a country is a statement of the will of the people to be governed in accordance with certain principles held as fundamental and certain prescriptions restrictive of the powers of the legislature and government. It is, as s. 52 of the *Constitution Act, 1982* declares, the "supreme law" of the nation, unalterable by the normal legislative process and unsuffering of laws inconsistent with it.

This is not to say, however, that the legislative regulation of collective bargaining and strikes is entirely irrelevant to the manner in which a constitutional freedom to strike may be given effect in particular circumstances: see, on this point, my reasons in the *Dairy Workers* case, released concurrently. But the present case does not involve a challenge to the general labour law of Alberta which permits strike activity, subject to regulation. This appeal concerns the substitution of an entirely different mechanism for resolving labour disputes for particular employees, and one which does not merely regulate the freedom to strike but abrogates it entirely.

One further preliminary consideration deserves mention. Section 2 of the *Charter* protects fundamental "freedoms" as opposed to "rights". Although these two terms are sometimes used interchangeably, a conceptual distinction between the two is often drawn. "Rights" are said to impose a corresponding duty or obligation on another party to ensure the protection of the right in question whereas "freedoms" are said to involve simply an absence of interference or constraint. This conceptual approach to the nature of "freedoms" may be too narrow since it fails to acknowledge situations where the absence of government intervention may in effect substantially impede the enjoyment of fundamental freedoms (e.g., regulations limiting the monopolization of the press may be required to ensure freedom of expression and freedom of the press). Nonetheless, for the purposes of this appeal, we need not determine whether "freedom" may impose affirmative duties on the state, because we are faced with a situation where

relatif aux droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 745:

La Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement. Elle est, comme le déclare l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la «loi suprême» de notre pays, qui ne peut être modifiée par le processus législatif normal et qui ne tolère aucune loi incompatible avec elle.

Pendant, cela ne signifie pas que la réglementation législative de la négociation collective et des grèves est sans importance quant à la manière dont on peut donner effet à une liberté constitutionnelle de faire grève dans des circonstances particulières: voir, à ce sujet, mes motifs dans l'affaire des *Travailleurs de l'industrie laitière*, prononcés en même temps que le présent arrêt. Mais la présente espèce ne met pas en cause une contestation du droit général du travail de l'Alberta qui autorise la grève, tout en réglementant l'exercice de ce droit. Le pourvoi porte sur la substitution d'un mécanisme entièrement différent pour résoudre les conflits de travail dans le cas de certains employés, un mécanisme qui ne se contente pas de réglementer la liberté de grève, mais qui l'abroge entièrement.

Une autre observation préalable doit être faite. L'article 2 de la *Charte* garantit des «libertés» fondamentales et non des «droits». Si parfois ces deux termes sont utilisés indifféremment, une distinction d'ordre conceptuel est souvent faite entre les deux. On dit au sujet des «droits», qu'ils imposent à une autre partie une obligation correspondante de protéger le droit en question, alors qu'on dit au sujet des «libertés», qu'elles comportent simplement une absence d'intervention ou de contrainte. Cette conception de la nature des «libertés» est peut-être trop étroite étant donné qu'elle ne reconnaît pas l'existence de certains cas où l'absence d'intervention gouvernementale est effectivement susceptible de porter atteinte sensiblement à la jouissance de libertés fondamentales (par exemple, une réglementation limitant la monopolisation de la presse peut être nécessaire pour assurer la liberté d'expression et de presse). Néanmoins, pour les fins de l'espèce, nous n'avons pas à décider si une «liberté» peut imposer des obligations de faire

overt government action in the form of legislation is alleged to interfere with the exercise of freedom of association. We are not concerned in this case with any request for affirmative state action.

A wide variety of alternative interpretations of freedom of association has been advanced in the jurisprudence summarized above and in argument before this Court.

At one extreme is a purely constitutive definition whereby freedom of association entails only a freedom to belong to or form an association. On this view, the constitutional guarantee does not extend beyond protecting the individual's status as a member of an association. It would not protect his or her associational actions.

In the trade union context, then, a constitutive definition would find a *prima facie* violation of s. 2(d) of the *Charter* in legislation such as s. 2(1) of the *Police Officers Act* which prohibits membership in any organization affiliated with a trade union. But it could find no violation of s. 2(d) in respect of legislation which prohibited a concerted refusal to work. Indeed, a wide variety of trade union activities, ranging from the organization of social activities for its members, to the establishment of union pension plans, to the discussion of collective bargaining strategy, could be prohibited by the state without infringing s. 2(d).

The essentially formal nature of a constitutive approach to freedom of association is equally apparent when one considers other types of associational activity in our society. While the constitutive approach might find a possible violation of s. 2(d) in a legislative enactment which prohibited marriage for certain classes of people, it would hold inoffensive an enactment which precluded the same people from engaging in the activities integral to a marriage, such as cohabiting and raising children together. If freedom of association only protects the joining together of persons for common purposes, but not the pursuit of

à l'État parce que nous sommes en face d'une situation où l'on prétend qu'une action gouvernementale manifeste, sous la forme d'une mesure législative, porte atteinte à l'exercice de la liberté d'association. Nous ne sommes pas saisis en l'espèce d'une requête visant à forcer l'État à agir.

De nombreuses interprétations subsidiaires différentes de la liberté d'association ont été proposées dans la jurisprudence résumée ci-dessus et au cours des débats en cette Cour.

D'un côté, on trouve une définition purement constitutive selon laquelle la liberté d'association ne comprend que la liberté d'appartenir à une association ou de la constituer. Dans cette optique, la garantie constitutionnelle se limite à la protection du statut de l'individu, en tant que membre d'une association. Elle ne protégerait pas ses actes en tant qu'associé.

Dans le contexte syndical, une définition constitutive permettrait donc de découvrir une violation à première vue de l'al. 2d) de la *Charte* dans une disposition législative comme le par. 2(1) de la *Police Officers Act*, qui interdit d'adhérer à toute organisation affiliée à un syndicat. Cependant, elle ne permettrait pas de constater une violation de l'al. 2d) dans le cas d'une loi qui interdirait le refus concerté de travailler. En fait, l'État pourrait interdire une grande diversité d'activités syndicales, depuis l'organisation d'activités sociales pour les adhérents, en passant la constitution de régimes de pensions syndicaux, jusqu'à la discussion d'une stratégie de négociation collective, sans pour autant enfreindre l'al. 2d).

La nature essentiellement formelle de la définition constitutive de la liberté d'association apparaît également lorsqu'on examine d'autres types d'activités des associations dans notre société. Si la définition constitutive peut éventuellement permettre de découvrir une violation possible de l'al. 2d) dans un texte législatif interdisant le mariage à certaines catégories de gens, elle considérerait comme inoffensif un texte qui interdirait aux mêmes gens de s'adonner aux activités inhérentes au mariage comme la cohabitation et l'éducation conjointe des enfants. Si la liberté d'association ne protège que la réunion de personnes à des fins

the very activities for which the association was formed, then the freedom is indeed legalistic, ungenerous, indeed vapid.

In my view, while it is unquestionable that s. 2(d), at a minimum, guarantees the liberty of persons to be in association or belong to an organization, it must extend beyond a concern for associational status to give effective protection to the interests to which the constitutional guarantee is directed. In this respect, it is important to consider the purposive approach to constitutional interpretation mandated by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 344:

This Court has already, in some measure set out the basic approach to be taken in interpreting the *Charter*. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts. [Emphasis added.]

A second approach, the derivative approach, prevalent in the United States, embodies a somewhat more generous definition of freedom of association than the formal, constitutive approach. In

communes, mais non l'exercice des activités mêmes pour lesquelles l'association a été formée, alors cette liberté est effectivement légaliste, parcimonieuse et voire même insipide.

^a À mon avis, s'il ne fait aucun doute que l'al. 2d), à tout le moins, garantit aux personnes la liberté d'être associées ou d'appartenir à une organisation, il doit, en plus de s'intéresser au statut d'associé, ^b accorder une protection efficace aux intérêts que vise la garantie constitutionnelle. À cet égard, il est important de tenir compte de la façon d'aborder l'interprétation de la Constitution, qui consiste à examiner l'objet visé et que prescrit cette Cour ^c dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 344:

Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de cette Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. [C'est moi qui souligne.]

La seconde démarche, la démarche déductive qui prévaut aux États-Unis, comporte une définition un peu plus libérale de la liberté d'association que la démarche formelle, constitutive. Dans le

the Canadian context, it is suggested by some that associational action which relates specifically to one of the other freedoms enumerated in s. 2 is constitutionally protected, but other associational activity is not.

I am unable, however, to accept that freedom of association should be interpreted so restrictively. Section 2(d) of the *Charter* provides an explicit and independent guarantee of freedom of association. In this respect it stands in marked contrast to the First Amendment to the American Constitution. The derivative approach would, in my view, largely make surplusage of s. 2(d). The associational or collective dimensions of s. 2(a) and (b) have already been recognized by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, without resort to s. 2(d). The associational aspect of s. 2(c) clearly finds adequate protection in the very expression of a freedom of peaceful assembly. What is to be learnt from the United States jurisprudence is not that freedom of association must be restricted to associational activities involving independent constitutional rights, but rather, that the express conferral of a freedom of association is unnecessary if all that is intended is to give effect to the collective enjoyment of other individual freedoms.

I am also unimpressed with the argument that the inclusion of s. 2(d) with freedoms of a "political" nature requires a narrow or restrictive interpretation of freedom of association. I am unable to regard s. 2 as embodying purely political freedoms. Paragraph (a), which protects freedom of conscience and religion is quite clearly not exclusively political in nature. It would, moreover, be unsatisfactory to overlook our Constitution's history of giving special recognition to collectivities or communities of interest other than the government and political parties. Sections 93 and 133 of the *Constitution Act, 1867* and ss. 16-24, 25, 27 and 29 of the *Charter*, dealing variously with denominational schools, language rights, aboriginal rights, and our multicultural heritage implicitly embody an awareness of the importance of various collectivities in the pursuit of educational, linguistic, cultural and social as well as political ends. Just as the individual is incapable of resisting political domi-

contexte canadien, certains font valoir que les actes de l'association qui sont liés précisément à l'une ou l'autre des libertés énumérées à l'art. 2 sont protégés par la Constitution, mais que ses autres activités ne le sont pas.

Je ne saurais cependant accepter que la liberté d'association doit être interprétée de manière aussi restrictive. L'alinéa 2d) de la *Charte* garantit de manière expresse et indépendante la liberté d'association. À cet égard, il contraste vivement avec le Premier amendement de la Constitution américaine. La démarche déductive rendrait, à mon avis, largement superfétatoire l'al. 2d). La dimension collective des al. 2a) et b) a déjà été reconnue par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, sans qu'il n'y ait eu recours à l'al. 2d). L'aspect collectif de l'al. 2c) trouve manifestement une protection adéquate dans l'expression même de la liberté de réunion pacifique. Ce qu'il faut retenir de la jurisprudence américaine, ce n'est pas que la liberté d'association doit être restreinte aux activités de l'association qui mettent en cause des droits constitutionnels indépendants, mais plutôt qu'il n'est pas nécessaire de conférer expressément la liberté d'association si tout ce que l'on veut permettre c'est la jouissance collective d'autres libertés individuelles.

Je ne suis pas non plus impressionné par l'argument portant que l'inclusion dans un même article de l'al. 2d) et de libertés d'une nature «politique» commande une interprétation étroite ou restrictive de la liberté d'association. Je ne saurais considérer que l'art. 2 ne garantit que des libertés purement politiques. Il est très clair que l'al. a), qui garantit la liberté de conscience et de religion, n'est pas exclusivement de nature politique. Il serait d'ailleurs peu satisfaisant de passer outre à notre histoire constitutionnelle, au cours de laquelle une reconnaissance spéciale a été accordée à des collectivities ou communautés d'intérêts autres que le gouvernement et les partis politiques. Les articles 93 et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et les art. 16 à 24, ainsi que 25, 27 et 29 de la *Charte*, qui traitent de différentes façons des écoles confessionnelles, des droits linguistiques, des droits des autochtones et de notre héritage multiculturel comportent implicitement une conscience de l'im-

nation without the support of persons with similar values, so too is he or she, in isolation, incapable of resisting domination, over the long term, in many other aspects of life.

Freedom of association is protected in s. 2(d) under the rubric of “fundamental” freedoms. In my view, the “fundamental” nature of freedom of association relates to the central importance to the individual of his or her interaction with fellow human beings. The purpose of the constitutional guarantee of freedom of association is, I believe, to recognize the profoundly social nature of human endeavours and to protect the individual from state-enforced isolation in the pursuit of his or her ends. In the famous words of Alexis de Tocqueville in *Democracy in America* (1945), vol. 1, at p. 196:

The most natural privilege of man, next to the right of acting for himself, is that of combining his exertions with those of his fellow creatures and of acting in common with them. The right of association therefore appears . . . almost as inalienable in its nature as the right of personal liberty. No legislator can attack it without impairing the foundations of society.

As social beings, our freedom to act with others is a primary condition of community life, human progress and civilized society. Through association, individuals have been able to participate in determining and controlling the immediate circumstances of their lives, and the rules, mores and principles which govern the communities in which they live. As John Stuart Mill stated, “if public spirit, generous sentiments, or true justice and equality are desired, association, not isolation, of interests, is the school in which these excellences are nurtured”. (*Principles of Political Economy* (1893), vol. 2, at p. 352.)

Freedom of association is most essential in those circumstances where the individual is liable to be prejudiced by the actions of some larger and more powerful entity, like the government or an employer. Association has always been the means through

portance de diverses collectivités dans la poursuite d'objectifs éducatifs, linguistiques, culturels et sociaux tout autant que politiques. Tout comme l'individu est incapable de s'opposer à la domination politique sans l'appui de personnes qui partagent des valeurs semblables, de même, seul, il est incapable à long terme de s'opposer à la domination dans de nombreux autres aspects de la vie.

La liberté d'association est garantie à l'al. 2d) sous la rubrique des libertés «fondamentales». À mon avis, la nature «fondamentale» de la liberté d'association est liée à l'importance primordiale que revêt pour l'individu l'interaction avec ses semblables. À mon sens, la garantie constitutionnelle de la liberté d'association vise à reconnaître la nature sociale profonde des entreprises humaines et à protéger l'individu contre tout isolement imposé par l'État dans la poursuite de ses fins. Pour reprendre les termes célèbres d'Alexis de Tocqueville dans *De la Démocratie en Amérique* (1951), tome 1, à la p. 305:

Après la liberté d'agir seul, la plus naturelle à l'homme est celle de combiner ses efforts avec les efforts de ses semblables et d'agir en commun. Le droit d'association [. . .] paraît donc presque aussi inaliénable de sa nature que la liberté individuelle. Le législateur ne saurait vouloir le détruire sans attaquer la société elle-même.

En tant qu'êtres sociaux, notre liberté d'agir collectivement est une condition première de la vie communautaire, du progrès humain et d'une société civilisée. En s'associant, les individus ont été en mesure de participer à la détermination et au contrôle des conditions immédiates de leur vie et des règles, mœurs et principes qui régissent les collectivités dans lesquelles ils vivent. Comme l'a affirmé John Stuart Mill: [TRADUCTION] «si le civisme, les sentiments généreux ou la véritable justice et l'égalité sont souhaités, l'association, non pas l'isolement, des intérêts, est l'école où s'apprennent ces principes d'excellence». (*Principles of Political Economy* (1893), vol. 2, à la p. 352.)

La liberté d'association est on ne peut plus essentielle dans les circonstances où l'individu risque d'être lésé par les actions de quelque entité plus importante et plus puissante comme le gouvernement ou un employeur. L'association a tou-

which political, cultural and racial minorities, religious groups and workers have sought to attain their purposes and fulfil their aspirations; it has enabled those who would otherwise be vulnerable and ineffective to meet on more equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict. T. I. Emerson, "Freedom of Association and Freedom of Expression" (1964), 74 *Yale L.J.* 1 at p. 1, states that:

More and more the individual, in order to realize his own capacities or to stand up to the institutionalized forces that surround him, has found it imperative to join with others of like mind in pursuit of common objectives.

What freedom of association seeks to protect is not associational activities *qua* particular activities, but the freedom of individuals to interact with, support, and be supported by, their fellow humans in the varied activities in which they choose to engage. But this is not an unlimited constitutional license for all group activity. The mere fact that an activity is capable of being carried out by several people together, as well as individually, does not mean that the activity acquires constitutional protection from legislative prohibition or regulation.

I believe that Bayda C.J.S. was right in holding that s. 2(d) normally embraces the liberty to do collectively that which one is permitted to do as an individual, a proposition which one American writer, Reena Raggi perceives to be the cornerstone of freedom of association:

The basic principle for which recognition will be sought in the formulation of an independent constitutional right of association is that whatever action a person can pursue as an individual, freedom of association must ensure he can pursue with others. Only such a principle assures man that, in his struggle to be independent of government control, he will not be crippled simply because on occasion he strives to achieve that independence with the help of others.

("An Independent Right to Freedom of Association" (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L.L. Rev.* 1, at p. 15.)

jours été le moyen par lequel les minorités politiques, culturelles et raciales, les groupes religieux et les travailleurs ont tenté d'atteindre leurs buts et de réaliser leurs aspirations; elle a permis à ceux qui, par ailleurs, auraient été vulnérables et inefficaces de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraient en conflit. T. I. Emerson écrit ceci dans «Freedom of Association and Freedom of Expression» (1964), 74 *Yale L.J.* 1, à la p. 1:

[TRADUCTION] De plus en plus l'individu, afin de se réaliser lui-même ou de résister aux forces institutionnalisées qui l'entourent, s'est senti obligé de s'unir avec ceux qui partagent ses idées dans la poursuite d'objectifs communs.

Ce que la liberté d'association vise à protéger, ce ne sont pas les activités de l'association en tant qu'activités particulières, mais la liberté des individus d'interagir avec d'autres êtres humains, de les aider et d'être aidés par eux dans les diverses activités qu'ils choisissent d'exercer. Mais ce n'est pas là une autorisation constitutionnelle illimitée pour toute activité collective. Le simple fait qu'une activité puisse être exercée par plusieurs personnes ensemble, aussi bien qu'individuellement, ne signifie pas que cette activité se voit conférer une protection constitutionnelle contre toute interdiction ou réglementation législative.

Je crois que le juge en chef Bayda a eu raison de conclure que l'al. 2d) englobe normalement la liberté de faire collectivement ce qu'il est permis de faire en tant qu'individu, une conception qu'un auteur américain, Reena Raggi, considère comme la pierre angulaire de la liberté d'association:

[TRADUCTION] Le principe de base qui devrait être reconnu dans la formulation d'un droit constitutionnel indépendant d'association est que quelle que soit l'action qu'un individu peut exercer en tant que tel, la liberté d'association doit lui permettre de l'exercer avec d'autres. Seul un tel principe assure à l'homme que, dans sa lutte pour être indépendant de tout contrôle gouvernemental, il ne sera pas paralysé simplement parce qu'à l'occasion il tente d'atteindre cette indépendance avec l'aide d'autrui.

("An Independent Right to Freedom of Association" (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L.L. Rev.* 1, à la p. 15.)

However, it is not in my view correct to regard this proposition as the exclusive touchstone for determining the presence or absence of a violation of s. 2(d). Certainly, if a legislature permits an individual to enjoy an activity which it forecloses to a collectivity, it may properly be inferred that the legislature intended to prohibit the collective activity because of its collective or associational aspect. Conversely, one may infer from a legislative proscription which applies equally to individuals and groups that the purpose of the legislation was a *bona fide* prohibition of a particular activity because of detrimental qualities inhering in the activity (e.g., criminal conduct), and not merely because of the fact that the activity might sometimes be done in association. The proposition articulated by Bayda C.J.S. is therefore a useful test of legislative purpose in some circumstances. There will, however, be occasions when no analogy involving individuals can be found for associational activity, or when a comparison between groups and individuals fails to capture the essence of a possible violation of associational rights. This is precisely the situation in this case. There is no individual equivalent to a strike. The refusal to work by one individual does not parallel a collective refusal to work. The latter is qualitatively rather than quantitatively different. The overarching consideration remains whether a legislative enactment or administrative action interferes with the freedom of persons to join and act with others in common pursuits. The legislative purpose which will render legislation invalid is the attempt to preclude associational conduct because of its concerted or associational nature.

I wish to refer to one further concern. It has been suggested that associational activity for the pursuit of economic ends should not be accorded constitutional protection. If by this it is meant that something as fundamental as a person's livelihood or dignity in the workplace is beyond the scope of constitutional protection, I cannot agree. If, on the other hand, it is meant that concerns of an exclusively pecuniary nature are excluded from such protection, such an argument would merit careful

Toutefois, il n'est pas juste, à mon avis, de considérer cette proposition comme la pierre de touche exclusive qui permet de déterminer la présence ou l'absence d'une violation de l'al. 2d). Il est certain que si un organe législatif autorise un individu à exercer une activité qu'il interdit à la collectivité, on peut à bon droit en déduire que l'organe législatif a voulu interdire l'activité collective en raison de son aspect collectif. À l'inverse, on peut déduire d'une interdiction législative qui s'applique également aux individus et aux groupes que l'objet de la loi constitue une interdiction de bonne foi d'une activité particulière en raison de ses aspects nuisibles intrinsèques (par exemple, le comportement criminel), et non simplement parce qu'il peut arriver que l'activité soit exercée collectivement. La proposition articulée par le juge en chef Bayda constitue donc un critère utile pour vérifier l'objet d'une loi dans certaines circonstances. Il y a cependant des cas où aucune analogie comportant des individus ne peut être trouvée pour une activité collective ou bien où la comparaison entre des groupes et des individus ne permet pas de saisir l'essence d'une éventuelle violation des droits d'association. C'est précisément le cas en l'espèce. Il n'y a pas d'équivalent individuel à une grève. Le refus de travailler par un individu ne correspond nullement à un refus collectif de travailler. Ce dernier est différent au point de vue qualitatif plutôt que quantitatif. Le facteur primordial demeure la question de savoir si un texte législatif ou un acte administratif porte atteinte à la liberté des personnes de se joindre à d'autres personnes et de poursuivre avec elles des objectifs communs. L'objectif d'une loi qui a pour effet de la rendre invalide est la tentative d'interdire un comportement collectif en raison de sa nature concertée ou collective.

Je voudrais mentionner un dernier point. On a laissé entendre que l'activité collective à des fins économiques ne devrait pas bénéficier d'une garantie constitutionnelle. Si, par cela, on entend qu'une question aussi fondamentale que les conditions de vie ou la dignité de l'individu au travail ne sont pas du domaine de la garantie constitutionnelle, je ne saurais en convenir. Si, par ailleurs, on entend par là que des préoccupations de nature exclusivement pécuniaire échappent à cette garantie, l'argument

consideration. In the present case, however, we are concerned with interests which go far beyond those of a merely pecuniary nature.

Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being. Accordingly, the conditions in which a person works are highly significant in shaping the whole compendium of psychological, emotional and physical elements of a person's dignity and self respect. In exploring the personal meaning of employment, Professor David M. Beatty, in his article "Labour is Not a Commodity", in *Studies in Contract Law* (1980), has described it as follows, at p. 324:

As a vehicle which admits a person to the status of a contributing, productive, member of society, employment is seen as providing recognition of the individual's being engaged in something worthwhile. It gives the individual a sense of significance. By realizing our capabilities and contributing in ways society determines to be useful, employment comes to represent the means by which most members of our community can lay claim to an equal right of respect and of concern from others. It is this institution through which most of us secure much of our self-respect and self-esteem.

The role of association has always been vital as a means of protecting the essential needs and interests of working people. Throughout history, workers have associated to overcome their vulnerability as individuals to the strength of their employers. The capacity to bargain collectively has long been recognized as one of the integral and primary functions of associations of working people. While trade unions also fulfil other important social, political and charitable functions, collective bargaining remains vital to the capacity of individual employees to participate in ensuring fair wages, health and safety protections, and equitable and humane working conditions. As Professor Paul Weiler explains in *Reconcilable Differences: New*

mérite d'être examiné soigneusement. En l'espèce cependant, nous avons affaire à des intérêts qui vont beaucoup plus loin que ceux de nature purement pécuniaire.

^a Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société.

^b L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C'est pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de

^c façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même. En recherchant ce que signifie pour l'individu le fait d'avoir un emploi, le

^d professeur David M. Beatty, dans son article intitulé «Labour is Not a Commodity», dans *Studies in Contract Law* (1980), donne la description suivante, à la p. 324:

[TRADUCTION] En tant que véhicule qui permet à l'individu d'atteindre le statut de membre utile et productif de la société, l'emploi est perçu comme permettant de reconnaître qu'il s'adonne à une activité valable. Il lui donne le sens de son importance. Par la réalisation de nos aptitudes et par l'apport d'une contribution que la

^e société juge utile, l'emploi finit par représenter le moyen par lequel la plupart des membres de notre collectivité peuvent prétendre à un droit égal au respect et à la considération des autres. C'est par cette institution que

^f la plupart d'entre nous acquérons, pour une grande part, le respect de soi et la dignité personnelle.

^g

L'association a toujours joué un rôle vital dans la protection des besoins et des intérêts essentiels des travailleurs. Au cours de l'histoire, les travailleurs se sont associés pour surmonter leur vulnérabilité individuelle face à l'employeur. La capacité de négocier collectivement a depuis longtemps été reconnue comme l'une des fonctions intégrantes et premières des associations de travailleurs. Certes les syndicats ont aussi d'autres fonctions importantes sur les plans social, politique et charitable, mais la négociation collective demeure essentielle à la capacité de chaque salarié, à titre individuel, de

ⁱ participer au processus qui leur assurera des salaires justes, la santé et la sécurité ainsi que des conditions de travail humaines et équitables.

^j

Directions in Canadian Labour Law (1980), at p. 31:

An apt way of putting it is to say that good collective bargaining tries to subject the employment relationship and the work environment to the "rule of law". Many theorists of industrial relations believe that this function of protecting the employee from the abuse of managerial power, thereby enhancing the dignity of the worker as a person, is the primary value of collective bargaining, one which entitles the institution to positive encouragement from the law.

Professor Weiler goes on to characterize collective bargaining as "intrinsically valuable as an experience in self-government" (p. 33), and writes at p. 32:

... collective bargaining is the most significant occasion upon which most of these workers ever participate in making social decisions about matters that are salient to their daily lives. That is the essence of collective bargaining.

A similar rationale for endorsing collective bargaining was advanced in the *Woods Task Force Report on Canadian Industrial Relations* (1968), at p. 96:

296. One of the most cherished hopes of those who originally championed the concept of collective bargaining was that it would introduce into the work place some of the basic features of the political democracy that was becoming the hallmark of most of the western world. Traditionally referred to as industrial democracy, it can be described as the substitution of the rule of law for the rule of men in the work place.

Closely related to collective bargaining, at least in our existing industrial relations context, is the freedom to strike. A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer and W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada* (2nd ed. 1986), describe the requisites of an effective system of collective bargaining as follows at p. 4:

What are the requirements of an effective system of collective bargaining? From the point of view of employees, such a system requires that they be free to

Comme le professeur Paul Weiler l'explique dans son ouvrage intitulé *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), à la p. 31:

^a [TRADUCTION] Une bonne façon de présenter les choses consiste à dire qu'une bonne négociation collective tente d'assujettir le rapport entre employeur et employés et le milieu du travail à la «primauté du droit». Bien des théoriciens en matière de relations industrielles ^b croient que cette fonction de protection de l'employé contre les abus de la direction, qui rehausse par le fait même la dignité du travailleur en tant que personne humaine, est la valeur primordiale qui s'attache à la négociation collective, celle qui justifie que l'institution ^c soit encouragée positivement par le droit.

Le professeur Weiler qualifie alors la négociation collective de [TRADUCTION] «intrinsèquement valable comme expérience en matière d'autonomie» (p. 33), et il écrit, à la p. 32:

[TRADUCTION] ... la négociation collective est l'occasion la plus importante pour la plupart de ces travailleurs de participer à une prise de décisions sociales dans des domaines qui touchent à leur vie quotidienne. C'est ^e là l'essence de la négociation collective.

Une raison semblable d'approuver la négociation collective a été avancée par le *Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail* (1968), le rapport Woods, à la p. 107:

296. L'un des grands espoirs des pionniers de la négociation collective était qu'elle fit passer dans les lieux de travail quelques-uns des aspects fondamentaux de cette démocratie politique qui était en train de devenir le cachet du monde occidental. C'est ce que, traditionnellement, on a appelé la démocratie économique, et on peut la décrire comme étant la substitution de la raison juridique aux passions humaines sur le lieu de travail.

^h Le droit de grève est étroitement lié à la négociation collective, tout au moins dans notre contexte actuel de relations de travail. À la page 4 de l'ouvrage intitulé *Collective Bargaining Law in Canada* (2nd ed. 1986), A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer et W. B. Rayner décrivent ainsi les conditions indispensables à un système efficace de négociation collective:

ⁱ [TRADUCTION] Que faut-il pour disposer d'un système de négociation collective efficace? Du point de vue des salariés, un tel système requiert qu'ils soient libres

engage in three kinds of activity: to form themselves into associations, to engage employers in bargaining with the associations, and to invoke meaningful economic sanctions in support of the bargaining.

The Woods Task Force Report at p. 129 identifies the work stoppage as the essential ingredient in collective bargaining:

408. Strikes and lockouts are an indispensable part of the Canadian industrial relations system and are likely to remain so in our present socio-economic-political society.

At page 138 the Report continues:

431. Collective bargaining is the mechanism through which labour and management seek to accommodate their differences, frequently without strife, sometimes through it, and occasionally without success. As imperfect an instrument as it may be, there is no viable substitute in a free society.

At page 175 the Report notes that the acceptance of collective bargaining carries with it a recognition of the right to invoke the economic sanction of the strike. And at page 176, it is said, "The strike has become a part of the whole democratic system".

The importance to collective bargaining of the ultimate threat of a strike has also been recognized in the cases. Lord Wright noted in *Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. v. Veitch*, [1942] 1 All E.R. 142 (H.L.), at pp. 158-59, "The right of workmen to strike is an essential element in the principle of collective bargaining". As the editors of *Kahn-Freund's Labour and the Law* (3rd ed. 1983), point out in respect of this comment: "If the workers could not, in the last resort, collectively refuse to work, they could not bargain collectively" (p. 292). See also: *Broadway Manor, Dairy Workers case*; *Blount, per Wright J.* The necessity and lawfulness of strikes has also been acknowledged by this Court: *Perrault v. Gauthier* (1898), 28 S.C.R. 241, at p. 256; *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609, at pp. 618 and 621.

d'exercer trois genres d'activités: se constituer en association, amener les employeurs à négocier avec ces associations et pouvoir mettre en jeu des sanctions économiques qui aient un sens pour appuyer leurs négociations.

À la page 142 du rapport Woods, on considère que l'arrêt de travail est la composante essentielle de la négociation collective:

408. Les grèves et les lock-out font partie intégrante du régime canadien de relations du travail et il est probable qu'ils le demeureront dans notre actuel régime social, économique et politique.

À la page 152, le rapport poursuit:

431. La négociation collective est le mécanisme auquel les travailleurs et les employeurs ont recours pour tenter d'ajuster leurs intérêts divergents; fréquemment sans lutte, quelquefois de haute lutte, occasionnellement sans succès. Cet instrument, aussi imparfait qu'il puisse être, ne trouve pas de substitut viable dans une société libre.

À la page 192 du rapport, on souligne que l'acceptation de la négociation collective implique une reconnaissance du droit de recourir à la sanction économique de la grève. À la page 193, on dit: «La grève est devenue partie intégrante de notre régime démocratique».

La jurisprudence a également reconnu l'importance pour la négociation collective de la menace ultime de faire grève. Lord Wright souligne dans l'arrêt *Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. v. Veitch*, [1942] 1 All E.R. 142 (H.L.), aux pp. 158 et 159: [TRADUCTION] «Le droit de grève des travailleurs constitue un élément essentiel du principe de la négociation collective». Comme les auteurs de *Kahn-Freund's Labour and the Law* (3rd ed. 1983), le font remarquer au sujet de cette observation: [TRADUCTION] «Si les travailleurs ne pouvaient, en dernier ressort, refuser collectivement de travailler, ils ne pourraient pas négocier collectivement» (p. 292). Voir aussi: *Broadway Manor*; l'affaire des *Travailleurs de l'industrie laitière*; *Blount*, le juge Wright. La nécessité et la légitimité des grèves ont aussi été reconnues par cette Cour dans les arrêts *Perrault v. Gauthier* (1898), 28 R.C.S. 241, à la p. 256, et *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] R.C.S. 609, aux pp. 618 et 621.

I am satisfied, in sum, that whether or not freedom of association generally extends to protecting associational activity for the pursuit of exclusively pecuniary ends—a question on which I express no opinion—collective bargaining protects important employee interests which cannot be characterized as merely pecuniary in nature. Under our existing system of industrial relations, effective constitutional protection of the associational interests of employees in the collective bargaining process requires concomitant protection of their freedom to withdraw collectively their services, subject to s. 1 of the *Charter*.

3. Application to the Alberta Legislation

All three enactments prohibit strikes and, as earlier stated, define a strike as a cessation of work or refusal to work by two or more persons acting in combination or in concert or in accordance with a common understanding. What is precluded is a collective refusal to work at the conclusion of a collective agreement. There can be no doubt that the legislation is aimed at foreclosing a particular collective activity because of its associational nature. The very nature of a strike, and its *raison d'être*, is to influence an employer by joint action which would be ineffective if it were carried out by an individual. Professor Harry Arthurs refers, correctly in my respectful opinion, to the “notion of collective action” as “the critical factor” in the definition of “strike”: “The Right to Strike in Ontario and the Common Law Provinces of Canada”, in the *Proceedings of the Fourth International Symposium on Comparative Law* (1967), at p. 187. It is precisely the individual's interest in joining and acting with others to maximize his or her potential that is protected by s. 2(d) of the *Charter*.

Section 93 of the *Public Service Act* reads as follows:

93(1) No person or trade union shall cause or attempt to cause a strike by the persons to whom this Act applies.

(2) No person to whom this Act applies shall strike or consent to a strike.

Somme toute, je suis convaincu que peu importe que la liberté d'association incluse ou non de manière générale la protection de l'activité collective exercée pour atteindre des fins exclusivement pécuniaires—une question sur laquelle je n'exprime aucune opinion—la négociation collective protège d'importants intérêts ouvriers qui ne sauraient être qualifiés de purement pécuniaires. Dans notre régime actuel de relations de travail, la protection constitutionnelle efficace des intérêts des associations de travailleurs dans le processus de négociation collective requiert la protection concomitante de leur liberté de cesser collectivement de fournir leurs services, sous réserve de l'article premier de la *Charte*.

3. Application à la législation albertaine

Les trois lois interdisent la grève, qu'elles définissent, comme nous l'avons déjà dit, comme un arrêt de travail ou un refus de travailler par deux ou plusieurs personnes qui agissent de concert ou d'un commun accord. Ce qui est interdit, c'est le refus collectif de travailler à l'expiration d'une convention collective. Il ne peut y avoir de doute que la législation vise à interdire une activité collective particulière, à cause de sa nature collective. La nature même d'une grève, sa raison d'être, est d'influencer l'employeur par une action commune qui serait inefficace si elle était exercée par une seule personne. Le professeur Harry Arthurs se réfère, à bon droit à mon avis, à la [TRADUCTION] «notion d'action collective» comme étant le «facteur décisif» dans la définition de la «grève»: «The Right to Strike in Ontario and the Common Law Provinces of Canada», dans les *Travaux du quatrième colloque international de droit comparé* (1967), à la p. 187. C'est précisément l'intérêt qu'a une personne de se joindre à d'autres personnes et d'agir avec elles afin de maximiser son potentiel, que protège l'al. 2d) de la *Charte*.

L'article 93 de la *Public Service Act* porte:

[TRADUCTION] 93(1) Aucun individu ni syndicat ne doit provoquer ni tenter de provoquer une grève par ceux que vise la présente loi.

(2) Il est interdit à quiconque est visé par la présente loi de faire la grève ou de consentir à faire la grève.

Section 117.1(2) of the *Labour Relations Act* states:

117.1(1) ...

(2) No employee to whom this Division applies shall strike.

Section 3(1) of the *Police Officers Act* provides:

3(1) Notwithstanding section 2, no police officer, bargaining agent or person acting on behalf of a bargaining agent shall strike, cause a strike or threaten to cause a strike.

These provisions directly abridge the freedom of employees to strike and thereby infringe the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter*.

V

Section 1

The respondent submits that even if any of the legislative provisions at issue in this appeal violates freedom of association as guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*, it can be upheld under s. 1 of the *Charter*. For ease of reference I repeat s. 1:

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.

No question arises as to whether the limits on strike activity and collective bargaining in the legislation in question are "prescribed by law", as the legislation is duly enacted by a properly constituted legislature.

It is necessary, however, to determine whether the limits imposed by the provisions in question are "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society". Previous cases in this Court have established a number of principles for a s. 1 inquiry. In making a determination under s. 1, a court must be cognizant of an important contextual factor: the application of s. 1 arises in

Le paragraphe 117.1(2) de la *Labour Relations Act* dispose:

[TRADUCTION] 117.1(1) ...

(2) Il est interdit à tout employé visé par la présente section de faire la grève.

Le paragraphe 3(1) de la *Police Officers Act* prévoit:

[TRADUCTION] 3(1) Nonobstant l'article 2, aucun agent de police, agent négociateur ou personne agissant pour le compte d'un agent négociateur ne doit faire la grève, provoquer une grève ou menacer de provoquer une grève.

Ces dispositions portent directement atteinte à la liberté des employés de faire la grève et, de ce fait, enfreignent la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la *Charte*.

d

V

L'article premier

L'intimé soutient que, même si l'une quelconque des dispositions législatives en cause en l'espèce viole la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*, elle peut être déclarée valide en vertu de l'article premier de la *Charte*. Pour des motifs de commodité, je reproduis de nouveau le texte de l'article premier:

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.

La question de savoir si les limites apportées à la grève et à la négociation collective dans les lois en question sont prescrites «par une règle de droit» ne se pose pas, étant donné que ces lois ont été dûment adoptées par un corps législatif régulièrement constitué.

Il est nécessaire cependant de déterminer si les limites imposées par les dispositions en question sont «raisonnables» et si leur «justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Dans des arrêts antérieurs, cette Cour a énoncé un certain nombre de principes applicables à une analyse en vertu de l'article premier. En statuant en vertu de l'article premier,

the context of a violation of a constitutionally guaranteed right or freedom. Justice Wilson expressed this principle in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 218:

It seems to me that it is important to bear in mind that the rights and freedoms set out in the *Charter* are fundamental to the political structure of Canada and are guaranteed by the *Charter* as part of the supreme law of our nation. I think that in determining whether a particular limitation is a reasonable limit prescribed by law which can be "demonstrably justified in a free and democratic society" it is important to remember that the courts are conducting this inquiry in light of a commitment to uphold the rights and freedoms set out in the other sections of the *Charter*.

The onus of demonstrating that a limit on a right or freedom should be upheld under s. 1 is on the party seeking to uphold the limit. The standard of proof is the preponderance of probabilities and, as a general rule, evidence is required to meet this standard: see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and authorities therein.

The constituent elements of any s. 1 inquiry are as follows. First, the legislative objective, in pursuit of which the measures in question are implemented, must be sufficiently significant to warrant overriding a constitutionally guaranteed right: it must be related to "concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society". Second, the means chosen to advance such an objective must be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. This requirement of proportionality of means to ends normally has three aspects: a) there must be a rational connection between the measures and the objective they are to serve; b) the measures should impair as little as possible the right or freedom in question; and, c) the deleterious effects of the measures must be justifiable in light of the objec-

le tribunal doit être conscient d'un facteur contextuel important: l'article premier devient applicable dans le contexte d'une violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. Le juge
 a Wilson a exprimé ce principe dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 218:

Il est important, me semble-t-il, de garder à l'esprit que les droits et libertés énoncés dans la *Charte* sont des éléments essentiels de la structure politique du Canada et qu'ils sont garantis par la *Charte* en tant que partie de la loi suprême de notre pays. Je pense qu'en déterminant si une limite donnée constitue une limite raisonnable prescrite par la loi et «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», il est important de se rappeler que les tribunaux effectuent cette enquête tout en veillant au respect des droits et libertés énoncés dans les autres articles de la *Charte*.

La charge de démontrer qu'une limite apportée à un droit ou à une liberté doit être maintenue en vertu de l'article premier incombe à la partie qui demande le maintien de cette limite. La norme de preuve applicable est celle de la prépondérance des probabilités et, en règle générale, une preuve est nécessaire pour satisfaire à cette norme: voir l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et la jurisprudence qui y est citée.

Les éléments constitutifs de toute analyse en vertu de l'article premier sont les suivants. En premier lieu, l'objectif législatif, que visent à servir les mesures qui sont mises en œuvre, doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution: il doit être lié à des «préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique». En second lieu, les moyens choisis pour promouvoir cet objectif doivent être raisonnables et leur justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cette exigence de proportionnalité entre la fin et les moyens comporte normalement trois aspects: a) il doit y avoir un lien rationnel entre les mesures prises et l'objectif qu'elles sont destinées à servir, b) les mesures prises doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause, et c) les effets préjudiciables de ces mesures doivent être justifiables compte tenu de l'objectif

tive which they are to serve. See *Oakes*, and authorities cited therein.

As I understand the respondent's submissions, there are two objectives which the legislation in issue in this Reference is designed to achieve: 1) protection of essential services and 2) protection of government from political pressure through strike action. The question is whether either or both of these are "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally guaranteed right or freedom" (*Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352) or, in other words, whether they relate to "pressing and substantial concerns" (*Oakes*, at pp. 138-39). The proportionality of the measures in relation to the objectives must then be assessed.

I observe at the outset that the analysis below is limited to assessing the justifications advanced by the province for its legislative action. It is the actual objectives of the Alberta Legislature and not some other legitimate but hypothetical objectives for passing the particular statutes in question that must be scrutinized. It may be that other rationales will be advanced in future cases. The Court has not been asked, in this case, to determine whether economic harm to third parties can justify the abrogation of the freedom to strike. Nor has it been asked to determine whether a universally applicable substitute for the confrontational strike/lockout paradigm of present-day industrial relations would be acceptable. It might be that some alternative scheme, be it a novel one of worker participation in employer decisions through ownership or otherwise, or a more familiar one, such as arbitration, would be acceptable. The Constitution does not freeze into place an existing formula of industrial relations.

1. *The Protection of Essential Services*

The protection of services which are truly essential is in my view a legislative objective of sufficient importance for the purpose of s. 1 of the *Charter*. It is, however, necessary to define "essential services" in a manner consistent with the justificatory standards set out in s. 1. The logic of

qu'elles visent à servir. Voir l'arrêt *Oakes* et la jurisprudence qui y est citée.

Si je comprends bien les arguments de l'intimé, la législation en cause dans le présent renvoi vise à atteindre deux objectifs: 1) la garantie des services essentiels et 2) la protection du gouvernement contre les pressions politiques qui découlent de la grève. La question est de savoir si l'un ou l'autre de ces objectifs, ou les deux à la fois, sont «suffisamment importants pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352) ou, en d'autres termes, s'ils se rapportent à des «préoccupations urgentes et réelles» (arrêt *Oakes*, à la p. 139). La proportionnalité des mesures par rapport aux objectifs doit alors être évaluée.

Je fais remarquer au départ que l'analyse qui suit se limite à l'évaluation des raisons avancées par la province pour justifier son action législative. Ce qu'il faut examiner, ce sont les objectifs réels de la législature de l'Alberta, et non pas quelque autre objectif légitime, mais hypothétique, visé en adoptant les lois particulières en cause. Il se peut que d'autres raisons soient avancées dans des affaires ultérieures. On n'a pas demandé à la Cour, en l'espèce, de déterminer si un préjudice économique causé à des tiers peut justifier l'abrogation de la liberté de faire grève. On ne lui a pas demandé non plus de déterminer si un substitut applicable universellement à la place du paradigme conflictuel grève/lock-out que l'on trouve aujourd'hui dans les relations de travail serait acceptable. Il se pourrait qu'un autre type de régime, qu'il soit nouveau avec la participation des travailleurs aux décisions patronales grâce à un droit de propriété ou autrement, ou plus familier comme l'arbitrage, soit acceptable. La Constitution ne fige pas pour l'éternité la formule actuelle des relations de travail.

1. *La garantie des services essentiels*

La garantie des services qui sont véritablement essentiels est, à mon avis, un objectif législatif d'une importance suffisante pour les fins de l'article premier de la *Charte*. Il est cependant nécessaire de définir les «services essentiels» d'une manière qui soit conforme aux normes justificatri-

s. 1 in the present circumstances requires that an essential service be one the interruption of which would threaten serious harm to the general public or to a part of the population. In the context of an argument relating to harm of a non-economic nature I find the decisions of the Freedom of Association Committee of the I.L.O. to be helpful and persuasive. These decisions have consistently defined an essential service as a service "whose interruption would endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population" (*Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the I.L.O., supra*). In my view, and without attempting an exhaustive list, persons essential to the maintenance and administration of the rule of law and national security would also be included within the ambit of essential services. Mere inconvenience to members of the public does not fall within the ambit of the essential services justification for abrogating the freedom to strike.

Having decided that the protection of essential services is an objective of sufficient importance, it is necessary for the respondent to demonstrate proportionality between the measures adopted and the objective. Four classes of employees are covered by the Acts: public service employees (*Public Service Act*); firefighters and employees of employers who operate approved hospitals under the *Hospitals Act (Labour Relations Act)*; and police officers (*Police Officers Act*). The government must, as a first step, prove, on a balance of probabilities, that these employees are "essential"; otherwise the abrogation of their freedom to strike would be over-inclusive and unjustified under s. 1.

Counsel for the Attorney General for Alberta did not adduce any evidence on this point. He submitted only that essential services must not be interrupted and that, though some of the employees covered by the Acts are not essential, "they are so closely linked to those providing essential services as to make it reasonable that they should be treated in the same way". In

ces énoncées à l'article premier. La logique de l'article premier, dans les présentes circonstances, exige qu'un service essentiel soit un service dont l'interruption menacerait de causer un préjudice grave au public en général ou à une partie de la population. Dans le contexte d'un argument relatif à un préjudice non économique, je conclus que les décisions du Comité de la liberté syndicale du B.I.T. sont utiles et convaincantes. Ces décisions ont toujours défini un service essentiel comme un service «dont l'interruption pourrait mettre en péril la vie, la sécurité ou la santé de la personne dans une partie ou dans la totalité de la population» (*La liberté syndicale: Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du B.I.T., précité*). À mon avis, et sans tenter d'en donner une liste exhaustive, les personnes essentielles au maintien et à l'application de la primauté du droit et à la sécurité nationale seraient aussi incluses dans le champ des services essentiels. Le simple inconvénient subi par des membres du public ne constitue pas un motif du ressort des services essentiels justifiant l'abrogation du droit de grève.

Ayant jugé que la garantie des services essentiels est un objectif d'une importance suffisante, il est nécessaire que l'intimé démontre que les mesures adoptées sont proportionnelles à l'objectif poursuivi. Quatre catégories d'employés sont visées par les lois en question: les employés de la fonction publique (*Public Service Act*), les pompiers et les employés des exploitants d'hôpitaux approuvés en vertu de la *Hospitals Act (Labour Relations Act)*, et les agents de police (*Police Officers Act*). Le gouvernement doit, dans un premier temps, prouver selon la prépondérance des probabilités que ces employés sont «essentiels»; sinon, l'abrogation de leur droit de grève serait trop étendue et injustifiée en vertu de l'article premier.

L'avocat du procureur général de l'Alberta n'a soumis aucune preuve à cet égard. Il a simplement fait valoir que les services essentiels ne doivent pas être interrompus et que, bien que certains employés visés par les lois en question ne soient pas essentiels, [TRADUCTION] «ils sont si étroitement liés à ceux qui fournissent des services essentiels qu'il devient raisonnable de les traiter de la même

Oakes, this Court acknowledged that the extent of evidentiary submissions required under s. 1 would vary according to the nature of the case (at p. 138):

Where evidence is required in order to prove the constituent elements of a s. 1 inquiry, and this will generally be the case, it should be cogent and persuasive and make clear to the Court the consequences of imposing or not imposing the limit . . . I should add, however, that there may be cases where certain elements of the s. 1 analysis are obvious or self-evident.

The essentiality of police officers and firefighters is, in my view, obvious and self-evident, and does not have to be proven by evidence. Interruption in police protection and firefighting would clearly endanger life, personal safety and health. Therefore, I believe the Legislature's decision to prevent such interruptions is rationally connected to the objective of protecting essential services.

The situation with respect to employees of employers who operate approved hospitals under the *Hospitals Act* is quite different. Prohibiting the right to strike across the board in hospital employment is too drastic a measure for achieving the object of protecting essential services. It is neither obvious nor self-evident that all bargaining units in hospitals represent workers who provide essential services, or that those who do not provide essential services are "so closely linked" to those who do as to justify similar treatment. As pointed out above, the Freedom of Association Committee of the I.L.O. expressed concern about the overinclusiveness of s. 117.1 of the *Labour Relations Act*:

132. The Committee notes that this broad exclusion covers kitchen help, janitors, gardeners, etc. . . . Given that this provision is not sufficiently specific as regards the important qualification of "essential employee", the Committee refers to the principle . . . concerning circumstances in which recourse to strike action may be prohibited. It requests the Government to re-examine section 117.1 so as to confine the prohibition of strikes

façon». Dans l'arrêt *Oakes*, cette Cour a reconnu que l'étendue des éléments de preuve requis en vertu de l'article premier varie selon la nature de l'espèce (à la p. 138):

^a Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction [. . .] Je dois cependant ajouter qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi.

^c Le caractère essentiel des agents de police et des pompiers est, à mon avis, manifeste et évident en soi, et n'a pas à être démontré au moyen d'une preuve. Il est clair que l'interruption de la protection assurée par les policiers et les pompiers mettrait en péril la vie, la sécurité et la santé des personnes. C'est pourquoi, je crois qu'il existe un lien rationnel entre la décision du législateur provincial d'empêcher de telles interruptions et son objectif de protéger les services essentiels.

^d La situation à l'égard des employés des exploitants d'hôpitaux approuvés en vertu de la *Hospitals Act* est fort différente. Interdire le droit de grève à tous les employés d'hôpitaux est une mesure trop draconienne par rapport à l'objectif de protection des services essentiels. Il n'est ni manifeste ni évident en soi que toutes les unités de négociation du milieu hospitalier représentent des travailleurs qui fournissent des services essentiels ou que ceux qui ne fournissent pas des services essentiels sont si [TRADUCTION] «étroitement liés» à ceux qui les fournissent qu'il devient justifié de les traiter de la même façon. Comme je l'ai fait remarquer précédemment, le Comité de la liberté syndicale du B.I.T. s'est montré préoccupé par le caractère trop étendu de l'art. 117.1 de la *Labour Relations Act*:

^e 132. Le comité note que cette exclusion globale vaut pour les aides de cuisine, les portiers, les jardiniers, etc., [. . .] Comme cette disposition n'est pas assez précise en ce qui concerne l'importante qualification d'«agent essentiel», le comité renvoie au principe [. . .] au sujet des circonstances dans lesquelles le recours à la grève peut être interdit. Il demande au gouvernement de réexaminer l'article 117.1 de façon que l'interdiction du

to services which are essential in the strict sense of the term.

Counsel for the Attorney General has not provided any evidence or information from which it can be concluded on a preponderance of probabilities that services will be interrupted whenever strike activity is undertaken by any of the bargaining units in a hospital. While it may be obvious or self-evident that strikes by certain hospital employees, such as nurses or doctors, would be inimical to the hospital's ability to dispense proper health care, the same cannot be said for all hospital workers without some evidentiary basis. For this reason, I do not believe it can be maintained that the employees covered by s. 117.1 of the *Labour Relations Act* are all "essential". The provision is too wide to be justified as relating to essential services for the purpose of s. 1.

The *Public Service Act* is, in my opinion, a victim of the same defect. The Act applies to employees who are employed by employers described in s. 1(o):

"employer" means

- (i) the Crown in right of Alberta, or
- (ii) a corporation, commission, board council or other body, all or a majority of whose members or directors

(A) are designated by an Act of the Legislature,

(B) can be appointed or designated either by the Lieutenant Governor in Council or by a Minister of the Crown in right of Alberta or partly by the Lieutenant Governor in Council and partly by a Minister of the Crown in right of Alberta, whether the power of appointment or designation is exercised or not or is only partially exercised, or

(C) are in part designated by an Act of the Legislature and in part can be appointed or designated either by the Lieutenant Governor in Council or by a Minister of the Crown in right of Alberta or partly by the Lieutenant Governor in Council and partly by a Minister of the Crown in right of Alberta, whether the power of appointment or designation is exercised or not or is only partially exercised; . . .

droit de grève soit limitée aux services qui sont essentiels au sens strict du terme.

L'avocat du procureur général n'a soumis aucune preuve ni aucun renseignement qui permettrait de conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y aura interruption des services chaque fois que l'une ou l'autre des unités de négociation de l'hôpital fera la grève. Bien qu'il puisse être manifeste ou évident en soi que la grève par certains employés de l'hôpital, comme le personnel infirmier ou les médecins, porterait atteinte à la capacité de l'hôpital de prodiguer des soins adéquats, on ne peut dire cela de tous les employés des hôpitaux sans quelque fondement probatoire. Pour cette raison, je ne crois pas que l'on puisse soutenir que les employés visés par l'art. 117.1 de la *Labour Relations Act* sont tous «essentiels». La disposition est trop large pour être justifiée comme étant liée aux services essentiels pour les fins de l'article premier.

La *Public Service Act* souffre, à mon avis, du même défaut. La Loi s'applique aux employés au service des employeurs décrits à l'al. 1o):

[TRADUCTION] «employeur» s'entend

- (i) de Sa Majesté du chef de l'Alberta, ou
- (ii) d'une société, d'une commission, d'un conseil, d'un office ou autre organisme, dont l'ensemble ou la majorité des membres ou administrateurs

A) sont désignés par une loi de la Législature,

B) peuvent être nommés ou désignés par le lieutenant-gouverneur en conseil ou par un ministre de Sa Majesté du chef de l'Alberta, ou encore en partie par le lieutenant-gouverneur en conseil et en partie par un ministre de Sa Majesté du chef de l'Alberta, peu importe que le pouvoir de nomination ou de désignation soit exercé ou non, ou qu'il le soit en partie seulement, ou

C) sont en partie désignés par une loi de la Législature et peuvent en partie être nommés ou désignés par le lieutenant-gouverneur en conseil ou par un ministre de Sa Majesté du chef de l'Alberta, ou encore en partie par le lieutenant-gouverneur en conseil et en partie par un ministre de Sa Majesté du chef de l'Alberta, peu importe que le pouvoir de nomination ou de désignation soit exercé ou non, ou qu'il le soit en partie seulement; . . .

To deny all the employees covered by this provision the freedom to strike is, in my view, too drastic a means for securing the purpose of protecting essential services. It is neither obvious nor self-evident that all the employees covered by the *Public Service Act* perform essential services. No evidence was adduced by counsel for the Attorney General on this point. The onus upon the Government of Alberta has not, in my view, been satisfied. To conclude, the limit on freedom of association of public servants imposed by the abrogation of the right to strike in the *Public Service Act* is not justified under s. 1 of the *Charter* on the basis of the essential services argument.

2. *Protection of the Government from Political Pressure Argument*

As mentioned above, the respondent advances a second argument for justification under s. 1, namely, that the legislation is necessary to protect the government from the political pressure of strike action by its employees. In other words, even if public servants are not truly essential, the fact that they are employees of the government is sufficient reason for denying them the freedom to strike. I do not find this argument convincing. The respondent has not submitted any evidence from which it can be concluded that collective bargaining and strike activity in the public sector have or will cause undue political pressure on government. Indeed, all across Canada, collective bargaining and freedom to strike have played an important role in public sector labour relations. A survey of *Public Service Collective Bargaining Legislation in Canada*, prepared by the Alberta Department of Labour and filed by the respondent in the Court of Appeal, indicates that Nova Scotia and Ontario are the only other jurisdictions in Canada which purport to impose a blanket prohibition on public sector strikes. In commenting on the introduction of a full-scale collective bargaining scheme at the federal level in the 1960's, Professor Harry Arthurs states in "Collective Bargaining in the

Refuser à tous les employés visés par cette disposition le droit de grève est, à mon avis, un moyen trop draconien d'assurer la protection des services essentiels. Il n'est ni manifeste ni évident en soi que tous les employés visés par la *Public Service Act* assurent des services essentiels. Aucune preuve n'a été offerte par l'avocat du Procureur général sur ce point. Le gouvernement de l'Alberta ne s'est pas, à mon avis, acquitté du fardeau qui lui incombait. Pour conclure, la limite apportée à la liberté d'association des fonctionnaires par l'abrogation du droit de grève que prescrit la *Public Service Act* n'est pas justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*, en fonction de l'argument des services essentiels.

2. *L'argument de la protection du gouvernement contre les pressions politiques*

Comme je l'ai déjà mentionné l'intimé soumet un second argument à titre de justification au sens de l'article premier, savoir que la législation est nécessaire pour protéger le gouvernement contre les pressions politiques que ses employés peuvent exercer sur lui par leurs grèves. En d'autres termes, même si certains fonctionnaires ne sont pas vraiment essentiels, le fait qu'ils sont au service du gouvernement est un motif suffisant pour leur refuser le droit de grève. Je ne considère pas que cet argument est convaincant. L'intimé n'a offert aucune preuve qui permettrait de conclure que la négociation collective et la grève dans le secteur public ont eu ou auront pour effet d'exercer des pressions politiques indues sur le gouvernement. D'ailleurs, partout au Canada, la négociation collective et le droit de grève ont joué un rôle important en matière de relations de travail dans le secteur public. Une étude intitulée *Public Service Collective Bargaining Legislation in Canada*, préparée par le ministère du Travail de l'Alberta et produite par l'intimé en Cour d'appel, montre que la Nouvelle-Écosse et l'Ontario sont les seuls autres ressorts au Canada qui sont censés imposer une interdiction générale de la grève dans le secteur public. Commentant l'introduction d'un régime complet de négociations collectives au niveau fédéral dans les années 60, le professeur Harry Arthurs affirme dans «Collective Bargaining in the Public Service of Canada: Bold Experi-

Public Service of Canada: Bold Experiment or Act of Folly" (1969), 67 *Mich. L. Rev.* 971, at p. 974:

... one potentially formidable obstacle to federal recognition of the collective bargaining rights of public employees was simply not present in Canada in the mid-1960's. The traditional belief—or myth—that collective bargaining is somehow intrinsically incompatible with the dignity and functions of a sovereign state had been subverted by years of practical experience with labor relations on the private sector model in governmental and quasi-governmental employment.

Furthermore, academic debate on the question of sovereignty has occurred primarily in the United States, where a fundamentally different constitutional system prevails: see, for example, Harry H. Wellington and Ralph K. Winter Jr., "The Limits of Collective Bargaining in Public Employment" (1969), 78 *Yale L.J.* 1107; W. B. Cunningham, "Public Employment, Collective Bargaining and the Conventional Wisdom: Canada and U.S.A." (1966), 21 *Ind. Rel.* 406. A number of the academic authorities cited by the respondent in fact support collective bargaining and freedom to strike in the public sector (see for example, Morley Gunderson (ed.), *Collective Bargaining in the Essential and Public Service Sectors* (1975), at p. viii). I find difficult the conclusion that all strike activity by government employees would exert undue political pressure on the government. The dissenting words of Roberts C.J. of the Rhode Island Supreme Court at pp. 448-49 in *School Committee of the Town of Westerly v. Westerly Teachers Ass'n*, 299 A.2d 441 (1973), are helpful in this respect:

... I cannot agree that every strike by public employees necessarily threatens the public welfare and governmental paralysis ... The fact is that in many instances strikes by private employees pose the far more serious threat to the public interest than would many of those engaged in by public employees ... In short, it appears to me that to deny all public employees the right to strike because they are employed in the public sector would be arbitrary and unreasonable.

In my opinion, the fact of government employment is not a sufficient reason for the purpose of

ment or Act of Folly" (1969), 67 *Mich. L. Rev.* 971, à la p. 974:

[TRADUCTION] ... un obstacle potentiellement redoutable à la reconnaissance fédérale des droits de négociation collective des employés du secteur public n'était tout simplement pas présent au Canada au milieu des années 60. La croyance traditionnelle—ou le mythe—que la négociation collective est en quelque sorte intrinsèquement incompatible avec la dignité et les fonctions d'un État souverain avait été édulcorée par des années d'expérience pratique des relations de travail sur le modèle du secteur privé dans des emplois gouvernementaux et quasi gouvernementaux.

En outre, la controverse théorique sur la question de la souveraineté s'est produite avant tout aux États-Unis où on trouve un régime constitutionnel fondamentalement différent: voir, par exemple, Harry H. Wellington et Ralph K. Winter Jr., «The Limits of Collective Bargaining in Public Employment» (1969), 78 *Yale L.J.* 1107; W. B. Cunningham. «Public Employment, Collective Bargaining and the Conventional Wisdom: Canada and U.S.A.» (1966), 21 *Ind. Rel.* 406. Un bon nombre d'auteurs cités par l'intimé sont effectivement en faveur de la négociation collective et du droit de grève dans le secteur public (voir, par exemple, Morley Gunderson (éd.), *Collective Bargaining in the Essential and Public Service Sectors* (1975), à la p. viii). Il m'est difficile de conclure que toute grève d'employés du gouvernement aurait pour effet d'exercer une pression politique indue sur le gouvernement. La dissidence du juge en chef Roberts de la Cour suprême du Rhode Island dans l'arrêt *School Committee of the Town of Westerly v. Westerly Teachers Ass'n*, 299 A.2d 441 (1973), est utile à cet égard (aux pp. 448 et 449):

[TRADUCTION] ... je ne puis admettre que toute grève d'employés du secteur public menace nécessairement le bien-être du public et paralyse le gouvernement [...] Le fait est que dans bien des cas les grèves d'employés du secteur privé posent une menace bien plus grave à l'intérêt public que ne le feraient bien des grèves d'employés œuvrant dans le secteur public [...] En bref, il me semble que refuser à tous les employés du secteur public le droit de grève pour le motif qu'ils travaillent dans le secteur public serait arbitraire et déraisonnable.

À mon avis, le fait d'être au service du gouvernement ne constitue pas une raison suffisante, aux

s. 1 for limiting freedom of association through legislative prohibition of freedom to strike. It has not been shown that all public service employees have a substantial bargaining advantage on account of their employer's governmental status. Nor has it been shown that any political pressure exerted on the government during strikes is of an unusual or peculiarly detrimental nature.

3. *Arbitration as a Substitute for Freedom to Strike*

As noted above, the provisions relating to police officers and firefighters meet the first test of proportionality: there is a rational connection between prohibiting freedom to strike in these services and the legislative objective of protecting essential services. It is helpful to consider, therefore, whether the measures adopted impair as little as possible the freedom of association of those affected. Clearly, if the freedom to strike were denied and no effective and fair means for resolving bargaining disputes were put in its place, employees would be denied any input at all in ensuring fair and decent working conditions, and labour relations law would be skewed entirely to the advantage of the employer. It is for this reason that legislative prohibition of freedom to strike must be accompanied by a mechanism for dispute resolution by a third party. I agree with the Alberta International Fire Fighters Association at p. 22 of its factum that "It is generally accepted that employers and employees should be on an equal footing in terms of their positions in strike situations or at compulsory arbitration where the right to strike is withdrawn". The purpose of such a mechanism is to ensure that the loss in bargaining power through legislative prohibition of strikes is balanced by access to a system which is capable of resolving in a fair, effective and expeditious manner disputes which arise between employees and employers.

As noted above, the purpose of the prohibitions of strike activity of police officers and firefighters is to prevent interruptions in essential services. If

fins de l'article premier, pour limiter la liberté d'association par une interdiction législative du droit de grève. Il n'a pas été démontré que tous les employés de la fonction publique jouissent d'un avantage important sur le plan de la négociation en raison du statut gouvernemental de leur employeur. Il n'a pas été non plus démontré que toute pression politique exercée sur le gouvernement au cours des grèves est d'une nature inhabituelle ou particulièrement préjudiciable.

3. *L'arbitrage comme substitut au droit de grève*

Comme je l'ai noté précédemment, les dispositions relatives aux agents de police et aux pompiers satisfont au premier critère de la proportionnalité: il y a un lien rationnel entre l'interdiction de la grève dans ces services et l'objectif législatif de garantie des services essentiels. Il est donc utile d'examiner si les mesures adoptées sont de nature à porter atteinte le moins possible à la liberté d'association des intéressés. Manifestement, si le droit de grève devait être refusé et s'il n'était remplacé par aucun moyen efficace et juste de résoudre les conflits de travail, les employés se verraient refuser tout apport susceptible d'assurer des conditions de travail équitables et décentes et le droit des relations de travail s'en trouverait faussé entièrement à l'avantage de l'employeur. C'est pour cette raison que l'interdiction législative de la grève doit s'accompagner d'un mécanisme de règlement des différends par un tiers. Je suis d'accord avec ce que dit l'Alberta International Fire Fighters Association à la p. 22 de son mémoire, savoir que [TRADUCTION] «Il est généralement reconnu qu'employeurs et employés doivent être sur un pied d'égalité en situation de grève ou d'arbitrage obligatoire lorsque le droit de grève est retiré». Le but d'un tel mécanisme est d'assurer que la perte du pouvoir de négociation par suite de l'interdiction législative des grèves est compensée par l'accès à un système qui permet de résoudre équitablement, efficacement et promptement les différends mettant aux prises employés et employeurs.

Comme je l'ai dit plus haut, le but de l'interdiction de toute grève par les agents de police et les pompiers est d'empêcher les interruptions de servi-

prohibition of strikes is to be the least drastic means of achieving this purpose it must, in my view, be accompanied by adequate guarantees for safeguarding workers' interests. Any system of conciliation or arbitration must be fair and effective or, in the words of the I.L.O. Committee on Freedom of Association "adequate, impartial and speedy . . . in which the parties can take part at every stage": Case No. 1247, *I.L.O. Official Bulletin, supra*, at p. 36.

The contentious issues in respect to the legislative provisions concerning arbitration are as follows:

- (i) they require the arbitrator to consider certain items;
- (ii) they limit the arbitrability of certain items; and
- (iii) they place discretion in the hands of a minister or agency of the government to decide whether or not a dispute will go to arbitration.

I will deal with each of these in turn.

(i) The Arbitrator Must Consider Certain Items

Under the *Public Service Act*, the *Labour Relations Act* and the *Police Officers Act* arbitrators are required to consider (i) the fiscal policies of the government as declared by the Provincial Treasurer in writing (s. 55(a)(iii) of the *Public Service Act*; s. 117.8(a)(iii) of the *Labour Relations Act*; s. 15(a)(iii) of the *Police Officers Act*); and (ii) wages and benefits in private and public unionized and non-unionized employment (s. 55(a)(i) of the *Public Service Act*; s. 117.8(a)(i) of the *Labour Relations Act*; s. 15(a)(i) of the *Police Officers Act*). Counsel for the appellant Alberta International Fire Fighters Association, submits that these provisions offend the obligation of the government to provide fair and adequate safeguards for employees as a substitute for the freedom to strike. The respondent submits that it is not unreasonable for the government to desire that the matters listed be considered by arbitration tribunals. The question, however, is not the desirability or lack thereof of arbitration tribunals consid-

ces essentiels. Si l'interdiction de faire la grève doit être le moyen le moins draconien d'atteindre ce but, elle doit, à mon avis, être assortie de garanties adéquates de sauvegarde des intérêts des travailleurs. Toutes les procédures de conciliation ou d'arbitrage doivent être justes et efficaces ou, pour reprendre les termes du Comité de la liberté syndicale du B.I.T. «adéquates, impartiales et rapides à chaque étape desquelles les parties devraient pouvoir participer»: cas n° 1247, *Bulletin officiel du B.I.T.*, précité à la p. 41.

Les points litigieux que soulèvent les dispositions législatives portant sur l'arbitrage sont les suivants:

- (i) elles obligent l'arbitre à tenir compte de certains points;
- (ii) elles limitent la possibilité de soumettre certains points à l'arbitrage; et
- (iii) elles confèrent à un ministre ou à un organisme du gouvernement le pouvoir discrétionnaire de décider si un différend sera soumis à l'arbitrage.

Je vais maintenant traiter à tour de rôle de chacun de ces points.

(i) L'arbitre doit tenir compte de certains points

En vertu de la *Public Service Act*, de la *Labour Relations Act* et de la *Police Officers Act*, les arbitres doivent tenir compte (i) des politiques fiscales du gouvernement énoncées par écrit par le Trésorier provincial (sous-al. 55a)(iii) de la *Public Service Act*; sous-al. 117.8a)(iii) de la *Labour Relations Act*; sous-al. 15a)(iii) de la *Police Officers Act*), et (ii) des salaires et des avantages offerts aux salariés syndiqués et non syndiqués des secteurs privé et public (sous-al. 55a)(i) de la *Public Service Act*; sous-al. 117.8a)(i) de la *Labour Relations Act*; sous-al. 15a)(i) de la *Police Officers Act*). L'avocat de l'appelante Alberta International Fire Fighters Association soutient que ces dispositions sont contraires à l'obligation du gouvernement de fournir aux employés des garanties justes et adéquates pour remplacer le droit de grève. L'intimé fait valoir qu'il n'est pas déraisonnable que le gouvernement veuille que les points énumérés soient pris en considération par les tribunaux d'arbitrage. La question cependant

ering the enumerated factors but, rather, whether requiring arbitrators to consider these matters detracts from the fairness and effectiveness of the arbitration procedure.

The appellants submit that the sections of the *Public Service Act*, the *Labour Relations Act* and the *Police Officers Act* which require government fiscal policy to be taken into account favour the government employer and, thereby, compromise the fairness of the arbitration system. I disagree. In my view the fiscal policy of the government is a measure of the employer's ability to pay, and there is nothing improper in requiring the arbitrator to consider it. The arbitrator is not bound by the statute to take the stated fiscal policy as the conclusive measure of the employer's ability to pay, and it would be open to the unions to make submissions requesting that the arbitrator depart from the fiscal policy.

Turning to s. 55(a)(i) of the *Public Service Act*, s. 117.8(a)(i) of the *Labour Relations Act*, and s. 15(a)(i) of the *Police Officers Act*, which require that arbitrators consider the wages and benefits of private and public unionized and non-unionized employees, I do not believe these sections compromise the adequacy of the arbitration system. As Professor K. P. Swan has stated (in *The Search for Meaningful Criteria in Interest Arbitration*, Reprint Series No. 41, Industrial Relations Centre, Queen's University, 1978) at p. 11: "Fairness remains an essentially relative concept, and it therefore depends directly upon the identification of fair comparisons if it is to be meaningful". Under ss. 55(a)(i), 117.8(a)(i) and 15(a)(i) the arbitrator is required to consider, presumably for the sake of comparison, the wages of unionized, non-unionized, public sector and private sector employees. The appellant, Alberta International Fire Fighters Association, implies that ss. 55(a)(i), 117.8(a)(i) and 15(a)(i) mandate an unfair comparison; one that "is bound to result in lowering the wages of the unionized employees". I do not agree. A requirement to establish as broad a comparative base as possible does not, in my view,

est non pas de savoir s'il est souhaitable ou non que les tribunaux d'arbitrage tiennent compte des facteurs énumérés, mais plutôt de savoir si obliger les arbitres à tenir compte de ces facteurs porte atteinte à l'équité et à l'efficacité de la procédure d'arbitrage.

Les appelants prétendent que les dispositions de la *Public Service Act*, de la *Labour Relations Act* et de la *Police Officers Act* qui forcent à tenir compte de la politique financière du gouvernement favorisent l'État-patron et, par le fait même, compromettent l'équité du système d'arbitrage. Je ne suis pas d'accord. À mon avis, la politique financière du gouvernement constitue une mesure de la capacité de payer de l'employeur et il n'y a rien d'irrégulier à obliger l'arbitre à en tenir compte. L'arbitre n'est pas obligé par la loi de considérer la politique financière énoncée comme une mesure concluante de la capacité de payer de l'employeur et les syndicats pourraient toujours demander que l'arbitre s'en écarte.

Pour en venir au sous-al. 55a)(i) de la *Public Service Act*, au sous-al. 117.8a)(i) de la *Labour Relations Act* et au sous-al. 15a)(i) de la *Police Officers Act*, qui obligent les arbitres à tenir compte des salaires et des avantages offerts aux salariés syndiqués et non syndiqués des secteurs public et privé, je ne crois pas que ces dispositions compromettent le caractère adéquat du système d'arbitrage. Comme l'affirme le professeur K. P. Swan (dans son article intitulé *The Search for Meaningful Criteria in Interest Arbitration*, Reprint Series No. 41, Industrial Relations Centre, Queen's University, 1978), à la p. 11: [TRADUCTION] «L'équité demeure une notion essentiellement relative, aussi est-elle fonction directement de l'identification de comparaisons justes, si l'on veut qu'elle ait un sens». En vertu des sous-al. 55a)(i), 117.8a)(i) et 15a)(i), l'arbitre est obligé de tenir compte, présumément pour des fins de comparaisons, des salaires des employés syndiqués et non syndiqués des secteurs public et privé. L'appelante Alberta International Fire Fighters Association laisse entendre que les sous-al. 55a)(i), 117.8a)(i) et 15a)(i) obligent à procéder à une comparaison injuste qui [TRADUCTION] «ne peut

compromise the fairness of the arbitration, or disadvantage the employees concerned.

(ii) Limiting the Arbitrability of Certain Items

Section 48(2) of the *Public Service Act* establishes that certain matters cannot be referred to arbitration or contained in an arbitral award. These matters are generally arbitrable in other labour relations contexts, as is implied by the fact that s. 48(2) operates notwithstanding s. 48(1). Section 2(2) of the *Police Officers Act* denies, under certain circumstances, the right of police officers to bargain collectively for pension benefits. Counsel for the Attorney General submits these provisions satisfy s. 1 of the *Charter* on the grounds that: 1) the matters referred to in s. 48(2)(a), (b), and (c) are traditionally not the subject of collective agreements because they must be under the absolute control of management; 2) pension benefits are the subject of other legislation and cannot, therefore, be bargainable or set by arbitration; and 3) the subjects referred to in s. 48 of the *Public Service Act* are not of obvious vital concern to the employee. Counsel for the Alberta Union of Provincial Employees points out that the matters covered by s. 48 of the *Public Service Act* (and s. 2(2) of the *Police Officers Act*) are common and usual subjects of arbitration, or strike activity in labour relations. As well, counsel rejects the respondent's assertion that the enumerated matters are not ones important to the employees as a collectivity. The Public Service Employee Relations Board, in a number of recent decisions on the arbitrability of items under s. 48(2) of the Act, has held that matters such as the scheduling of normal hours of work and equal pay for work of equal value are not arbitrable under the Act: *Alberta Union of Provincial Employees v. The Crown in Right of Alberta*, November 24, 1982, unreported; *Alberta Union of Provincial Employees v. The*

qu'avoir pour résultat une baisse des salaires des employés syndiqués». Je ne suis pas de cet avis. Une obligation d'établir une base comparative aussi large que possible ne compromet pas, à mon avis, l'impartialité de l'arbitrage ni ne désavantage les employés concernés.

(ii) Limitation de la possibilité de soumettre certains points à l'arbitrage

Le paragraphe 48(2) de la *Public Service Act* établit que certaines questions ne peuvent être soumises à l'arbitrage ni figurer dans une sentence arbitrale. Ces questions sont en général arbitrables dans d'autres contextes de relations du travail, tel qu'il ressort du fait que le par. 48(2) s'applique nonobstant le par. 48(1). Le paragraphe 2(2) de la *Police Officers Act* refuse, dans certaines circonstances, aux agents de police le droit de négocier collectivement en vue d'obtenir des prestations de pension. L'avocat du Procureur général fait valoir que ces dispositions satisfont aux exigences de l'article premier de la *Charte* pour les motifs suivants: 1) les questions mentionnées aux al. 48(2)a), b) et c) ne font pas traditionnellement l'objet de conventions collectives parce qu'elles doivent demeurer sous le contrôle absolu de la direction; 2) les prestations de pension font l'objet d'une autre loi et ne peuvent donc être négociables ni fixées par arbitrage, et 3) il n'est pas évident que les sujets mentionnés à l'art. 48 de la *Public Service Act* soit d'un intérêt vital pour l'employé. L'avocat de l'Alberta Union of Provincial Employees fait remarquer que les sujets visés par l'art. 48 de la *Public Service Act* (et par le par. 2(2) de la *Police Officers Act*) font couramment et habituellement l'objet d'arbitrages ou de grèves dans les relations de travail. De même, l'avocat rejette la prétention de l'intimé que les sujets énumérés ne sont pas importants pour les employés en tant que collectivité. Le Public Service Employee Relations Board, dans un certain nombre de décisions récentes sur la possibilité de soumettre à l'arbitrage les points visés par le par. 48(2) de la Loi, a jugé que des questions comme l'établissement des heures normales de travail et le principe de «à travail égal, salaire égal» ne sont pas arbitrables en vertu de la Loi: *Alberta Union of Provincial Employees v. The Crown in Right of*

Crown in Right of Alberta, November 12, 1982, unreported.

As noted above, an arbitration system must be fair and effective if it is to be adequate in restoring to employees the bargaining power they are denied through prohibition of strike activity. In my opinion, the exclusion of these subjects from the arbitration process compromises the effectiveness of the process as a means of ensuring equal bargaining power in the absence of freedom to strike. Serious doubt is cast upon the fairness and effectiveness of an arbitration scheme where matters which would normally be bargainable are excluded from arbitration. "Given that without some binding mechanism for dispute resolution, meaningful collective bargaining is very unlikely, it seems more reasonable to ensure that the scope of arbitrability is as wide as the scope of bargainability if the bargaining process is to work at all": K. P. Swan, "Safety Belt or Strait-Jacket? Restrictions on the Scope of Public Sector Collective Bargaining", in *Essays in Collective Bargaining and Industrial Democracy* (1983), at p. 36.

It may be necessary in some circumstances for a government employer to maintain absolute control over aspects of employment through exclusion of certain subjects from arbitration. The presumption, however, must be against such exclusion to ensure the effectiveness of an arbitration scheme as a substitute for freedom to strike is not compromised. In the present case, the government has not satisfied the onus upon it to demonstrate such necessity.

(iii) The Absence of a Right to go to Arbitration

None of the arbitration schemes in the Acts in question in this Reference provides a right to refer a dispute to arbitration. Rather, a discretionary power is placed in a Minister or an administrative board to establish an arbitration board if deemed appropriate: see above, s. 50 of the *Public Service Act*, s. 117.3 of the *Labour Relations Act*, and s. 10 of the *Police Officers Act*. Under s. 50 of the *Public Service Act* the Public Service Employee

Alberta, 24 novembre 1982, inédit; *Alberta Union of Provincial Employees v. The Crown in Right of Alberta*, 12 novembre 1982, inédit.

Comme je l'ai fait remarquer auparavant, un système d'arbitrage doit être équitable et efficace pour ce qui est de restituer aux employés le pouvoir de négociation que leur enlève l'interdiction de faire la grève. À mon avis, l'exclusion de ces sujets du processus d'arbitrage compromet l'efficacité du processus comme moyen d'assurer un pouvoir égal de négociation en l'absence du droit de grève. L'équité et l'efficacité du régime d'arbitrage se trouvent sérieusement compromises lorsque des questions, qui normalement pourraient être négociées, sont exclues de l'arbitrage. [TRADUCTION] «Puisque, sans un mécanisme obligatoire de règlement des différends, une négociation collective véritable est fort improbable, il semble plus raisonnable de s'assurer que le champ d'arbitrage soit aussi large que le champ des négociations pour que le processus de négociation puisse fonctionner»: K. P. Swan, «Safety Belt or Strait-Jacket? Restrictions on the Scope of Public Sector Collective Bargaining», dans *Essays in Collective Bargaining and Industrial Democracy* (1983), à la p. 36.

Il peut être nécessaire, dans certaines circonstances, pour l'État-patron, de conserver un contrôle absolu sur certains aspects des conditions de travail par l'exclusion de certaines questions de l'arbitrage. La présomption cependant doit jouer contre de telles exclusions si l'on veut que l'efficacité du régime d'arbitrage substitué à la liberté de grève ne soit pas compromise. En l'espèce, le gouvernement ne s'est pas acquitté de la charge qui lui incombait de faire la preuve de cette nécessité.

(iii) L'absence de droit d'aller en arbitrage

Aucun des régimes d'arbitrage établis dans les lois en cause dans le présent renvoi ne prévoit le droit de soumettre un différend à l'arbitrage. Au contraire, un ministre ou un organisme administratif se voit conférer le pouvoir discrétionnaire de constituer un tribunal d'arbitrage s'il le juge approprié: voir plus haut l'art. 50 de la *Public Service Act*, l'art. 117.3 de la *Labour Relations Act* et l'art. 10 de la *Police Officers Act*. En vertu

Relations Board can direct the parties to continue collective bargaining or appoint a mediator instead of establishing an arbitration board. Under s. 117.3 of the *Labour Relations Act* and s. 10 of the *Police Officers Act* the Minister can direct the parties to continue collective bargaining and can prescribe the procedures or conditions under which it is to take place.

The respondent makes no submissions in respect of these provisions. In the absence of argument or evidence demonstrative of why such government involvement is necessary in the arbitration process, I believe the legal capacity of a Minister or administrative board to determine when and under what circumstances a dispute is to reach arbitration compromises the fairness and effectiveness of compulsory arbitration as a substitute for the freedom to strike. In effect, under the *Labour Relations Act* and *Police Officers Act* the employer—i.e., the executive branch of government—has absolute authority to determine at what point a dispute should go to arbitration. Such authority considerably undermines the balance of power between employer and employee which the arbitration scheme is designed to promote. Under previous legislation either party had an absolute right to remit the matter to an arbitration board. In the present legislation they do not, and counsel for the respondent has not provided any reasons for this alteration. The discretionary power of a Minister or administrative board to determine whether or not a dispute goes to arbitration is, in my view, an unjustified compromise of the effectiveness of the arbitration procedure in promoting equality of bargaining power between the parties.

4. *Conclusions Regarding s. 1*

The analysis under s. 1 can be summarized as follows:

1. The limit on freedom of association as guaranteed by s. 2(d) of the *Charter* imposed by s. 93 of the *Public Service Act* is not justified under s. 1 of the *Charter*. It is over-inclusive in respect of

de l'art. 50 de la *Public Service Act*, le Public Service Employee Relations Board peut enjoindre aux parties de poursuivre la négociation collective ou nommer un médiateur au lieu de constituer un tribunal d'arbitrage. En vertu de l'art. 117.3 de la *Labour Relations Act* et de l'art. 10 de la *Police Officers Act*, le Ministre peut ordonner aux parties de poursuivre la négociation collective et prescrire la procédure ou les conditions qui devront s'appliquer.

L'intimé ne soumet aucun argument au sujet de ces dispositions. En l'absence d'arguments ou d'éléments de preuve démontrant pourquoi une telle intervention gouvernementale dans le processus d'arbitrage est nécessaire, je crois que la capacité légale d'un ministre ou d'un organisme administratif de décider quand et dans quelles circonstances un différend doit aller en arbitrage compromet l'équité et l'efficacité de l'arbitrage obligatoire en tant que substitut à la liberté de grève. En fait, en vertu de la *Labour Relations Act* et de la *Police Officers Act* l'employeur—c.-à-d. l'organe exécutif du gouvernement—détient l'autorité absolue de déterminer à quel moment un différend doit aller en arbitrage. Un tel pouvoir mine considérablement l'équilibre de puissance entre l'employeur et l'employé que le régime d'arbitrage est censé promouvoir. Selon la législation antérieure, l'une et l'autre parties avaient le droit absolu de soumettre le différend à un tribunal d'arbitrage. Selon la législation actuelle, ce n'est plus le cas et l'avocat de l'intimé n'a donné aucune raison justifiant ce changement. Le pouvoir discrétionnaire d'un ministre ou d'un organisme administratif de décider si un différend doit être soumis à l'arbitrage est, à mon avis, une atteinte injustifiée à l'équité de la procédure d'arbitrage destinée à promouvoir l'égalité du pouvoir de négociation entre les parties.

4. *Conclusions sur l'article premier*

L'analyse faite en vertu de l'article premier peut se résumer ainsi:

1. La restriction imposée par l'art. 93 de la *Public Service Act* à la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte* n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Elle est

those to whom it applies, and the Act's arbitration system is not an adequate replacement for the employees' freedom to strike.

2. The limit on freedom of association as guaranteed by s. 2(d) of the *Charter* imposed by s. 117.1 of the *Labour Relations Act* is not justified under s. 1 of the *Charter*. It is over-inclusive in its application to hospital employees, and the Act's arbitration system is not an adequate replacement for the employees' freedom to strike.

3. The limit on freedom of association as guaranteed by s. 2(d) of the *Charter* imposed by s. 3 of the *Police Officers Act* is not justified under s. 1 of the *Charter*. The Act's arbitration system is not an adequate replacement for the employees' freedom to strike.

VI

Conclusion

The constitutional questions should be answered as follows:

1. Are the provisions of the *Public Service Employee Relations Act* that provide compulsory arbitration as a mechanism for resolution of disputes and prohibit the use of lockouts and strikes, in particular, sections 49, 50, 93 and 94 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent?

Answer: Section 93 limits freedom of association as guaranteed in s. 2(d) of the *Charter*. This limit is not justified under s. 1 of the *Charter* because the Act is over-inclusive in its application to employees whose services are not essential, and because the arbitration scheme envisaged in ss. 48, 49, 50 and 55 is not an adequate replacement for the freedom to strike.

Sections 49 and 50 do not themselves limit freedom of association. However, the absence of a right to refer a dispute to arbitration, which flows from these sections, contributes to the inadequacy of the arbitration scheme as a replacement for the

trop étendue quant aux individus à qui elle s'applique et le régime d'arbitrage prévu par la Loi ne constitue pas un substitut adéquat à la liberté de grève des employés.

^a 2. La restriction imposée par l'art. 117.1 de la *Labour Relations Act* à la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte* n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Elle est trop étendue dans son application aux employés d'hôpitaux et le régime d'arbitrage prévu par la Loi ne constitue pas un substitut adéquat à la liberté de grève des employés.

^c 3. La restriction imposée par l'art. 3 de la *Police Officers Act* à la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte* n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le régime d'arbitrage prévu par la Loi ne constitue pas un substitut adéquat à la liberté de grève des employés.

VI

Conclusion

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. Les dispositions de la *Public Service Employee Relations Act* qui prévoient l'arbitrage obligatoire pour résoudre les différends et interdisent le recours aux lock-out et aux grèves, en particulier les articles 49, 50, 93 et 94, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?

Réponse: L'article 93 restreint la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*. Cette restriction n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* parce que la Loi a une application trop étendue du fait qu'elle s'applique à des employés dont les services ne sont pas essentiels, et parce que le régime d'arbitrage envisagé aux art. 48, 49, 50 et 55 ne constitue pas un substitut adéquat à la liberté de grève.

Les articles 49 et 50 ne restreignent pas en soi la liberté d'association. Toutefois, l'absence du droit de soumettre un différend à l'arbitrage, qui découle de ces articles, a pour effet de rendre le régime d'arbitrage inadéquat comme substitut à la

freedom to strike, and therefore to the failure of s. 93 to be justified under s. 1 of the *Charter*.

Section 94 does not violate s. 2(d) of the *Charter* as it is not directed at associational activity.

2. Are the provisions of the *Labour Relations Act* that provide compulsory arbitration as a mechanism for resolution of disputes and prohibit the use of lockouts and strikes, in particular, sections 117.1, 117.2 and 117.3 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent?

Answer: Section 117.1(2) limits freedom of association as guaranteed in s. 2(d) of the *Charter*. This limit is not justified under s. 1 of the *Charter* because, in so far as it pertains to all hospital employees under s. 117.1(1)(b), the Act is over-inclusive in its application to employees whose services are not essential, and because the arbitration scheme envisaged in ss. 117.2, 117.3 and 117.8 is not an adequate replacement for the freedom to strike.

Sections 117.2 and 117.3 do not themselves limit freedom of association. However, the absence of a right to refer a dispute to arbitration, which flows from these sections, contributes to the inadequacy of the arbitration scheme as a replacement for the freedom to strike, and therefore to the failure of s. 117.1(2) to be justified under s. 1.

If the arbitration scheme were adequate, s. 117.1(2) would be justifiable as a reasonable limitation on the freedom of association of the fire-fighters described in s. 117(1)(a).

3. Are the provisions of the *Police Officers Collective Bargaining Act* that provide for compulsory arbitration as a mechanism for the resolution of disputes and prohibit the use of lockouts and strikes, in particular, sections 3, 9, and 10 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent?

Answer: Section 3(1) limits freedom of association as guaranteed in s. 2(d) of the *Charter*. This limit is not justified under s. 1 of the *Charter* because the arbitration scheme envisaged in ss. 9, 10 and

liberté de grève et, par conséquent, contribue à rendre l'art. 93 injustifié selon l'article premier de la *Charte*.

L'article 94 ne viole pas l'al. 2d) de la *Charte* puisqu'il ne vise pas l'action collective.

2. Les dispositions de la *Labour Relations Act* qui prévoient l'arbitrage obligatoire pour résoudre les différends et interdisent le recours aux lock-out et aux grèves, en particulier les articles 117.1, 117.2 et 117.3, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?

Réponse: Le paragraphe 117.1(2) restreint la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*. Cette restriction n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* parce que, dans la mesure où tous les employés d'hôpitaux sont visés par l'al. 117.1(1)(b), la Loi a une application trop étendue du fait qu'elle s'applique à des employés dont les services ne sont pas essentiels, et parce que le régime d'arbitrage envisagé aux art. 117.2, 117.3 et 117.8 ne constitue pas un substitut adéquat à la liberté de grève.

Les articles 117.2 et 117.3 ne restreignent pas en soi la liberté d'association. Toutefois, l'absence du droit de soumettre un différend à l'arbitrage, qui découle de ces articles, a pour effet de rendre le régime d'arbitrage inadéquat comme substitut à la liberté de grève et, par conséquent, contribue à rendre le par. 117.1(2) injustifié selon l'article premier.

Si le régime d'arbitrage était adéquat, le par. 117.1(2) serait alors justifiable comme restriction raisonnable imposée par l'al. 117.1(1)a) à la liberté d'association des pompiers.

3. Les dispositions de la *Police Officers Collective Bargaining Act* qui prévoient l'arbitrage obligatoire pour résoudre les différends et interdisent le recours aux lock-out et aux grèves, en particulier les articles 3, 9 et 10, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?

Réponse: Le paragraphe 3(1) restreint la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*. Cette restriction n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* parce que le régime

15 is not an adequate replacement for the freedom to strike.

Sections 9 and 10 do not themselves limit freedom of association. However, the absence of a right to refer a dispute to arbitration, which flows from these sections, contributes to the inadequacy of the arbitration scheme as a replacement for the freedom to strike and, therefore, to the failure of s. 3(1) to be justified under s. 1 of the *Charter*.

If the arbitration scheme were adequate, s. 3(1) would be justifiable as a reasonable limitation on the freedom of association of police officers.

4. Are the provisions of the *Public Service Employee Relations Act* that relate to the conduct of arbitration, in particular sections 48 and 55 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent?

Answer: Those provisions do not themselves violate freedom of association. However s. 48(2), by unreasonably limiting the subject matter of arbitration contributes to the inadequacy of the arbitration system put in place of the freedom to strike and therefore to the failure of the limitation on freedom of association in s. 93 to be justified under s. 1 of the *Charter*. Section 55 neither violates freedom of association nor contributes to the inadequacy of the arbitration scheme.

5. Are the provisions of the *Labour Relations Act* that relate to the conduct of arbitration, in particular section 117.8 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent.

Answer: Section 117.8 does not violate freedom of association. Nor does it contribute to the inadequacy of the arbitration system contained in the Act.

6. Are the provisions of the *Police Officers Collective Bargaining Act* that relate to the conduct of arbitration, in particular sections 2(2) and 15 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent?

d'arbitrage envisagé aux art. 9, 10 et 15 ne constitue pas un substitut adéquat à la liberté de grève.

Les articles 9 et 10 ne restreignent pas en soi la liberté d'association. Toutefois, l'absence du droit de soumettre un différend à l'arbitrage, qui découle de ces articles, a pour effet de rendre le régime d'arbitrage inadéquat comme substitut à la liberté de grève et, par conséquent, contribue à rendre le par. 3(1) injustifié selon l'article premier de la *Charte*.

Si le régime d'arbitrage était adéquat, le par. 3(1) serait alors justifiable comme restriction raisonnable imposée à la liberté d'association des agents de police.

4. Les dispositions de la *Public Service Employee Relations Act* qui se rapportent à l'arbitrage, en particulier les articles 48 et 55, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?

Réponse: Ces dispositions ne violent pas en soi la liberté d'association. Cependant le par. 48(2), en restreignant déraisonnablement les sujets qui peuvent être soumis à l'arbitrage, contribue à rendre inadéquat le régime d'arbitrage substitué à la liberté de grève et donc à rendre la restriction imposée à la liberté d'association par l'art. 93 injustifiée selon l'article premier de la *Charte*. L'article 55 ne viole pas la liberté d'association et ne contribue pas à rendre inadéquat le régime d'arbitrage.

5. Les dispositions de la *Labour Relations Act* qui se rapportent à l'arbitrage, en particulier l'article 117.8, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?

Réponse: L'article 117.8 ne viole pas la liberté d'association et ne contribue pas à rendre inadéquat le régime d'arbitrage prévu par la Loi.

6. Les dispositions de la *Police Officers Collective Bargaining Act* qui se rapportent à l'arbitrage, en particulier le paragraphe 2(2) et l'article 15, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?

Answer: Section 2(2) limits freedom of association as guaranteed in s. 2(d) of the *Charter* by prohibiting collective bargaining. This limit is not justified under s. 1 of the *Charter*.

Section 15 does not violate freedom of association. Nor does it contribute to the inadequacy of the arbitration system contained in the Act.

7. Does the *Constitution Act, 1982*, limit the right of the Crown to exclude any one or more of the following classes of its employees from units for collective bargaining:

- a) an employee who exercises managerial functions;
- b) an employee who is employed in a confidential capacity in matters relating to labour relations;
- c) an employee who is employed in a capacity that is essential to the effective functioning of the Legislature, the Executive or the Judiciary;
- d) an employee whose interests as a member of a unit for collective bargaining could conflict with his duties as an employee?

The Court, on a Reference procedure, need not answer a question that is too vague to admit of a satisfactory answer: see, e.g., *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704, at pp. 707-15 and cases cited therein. Accordingly, I agree with Kerans J.A., speaking for the majority in the Court of Appeal:

It remains only to deal with the question, if we can, in abstract terms. In that regard, I detected little or no disagreement amongst counsel. On the one hand, it seemed self-evident to counsel that a law which forbids somebody to join a union which, in the absence of that law, he could join, limits his freedom of association even in a limited sense because it limits his freedom of expression. On the other hand, the categories mentioned in the question seem to strive to describe employees who, because of the nature of their work, would have a very direct, significant, and immediate conflict between duties owed to fellow members of the unit (assuming that the unit organization demands some measure of solidarity) and the special duties owed to the employer. There was no serious argument offered against the proposition that an exclusion is justified in a free and democratic society if it could be demonstrated that there is a significant conflict of duty on the part of the employees, because, I suppose, the collective-bargaining

Réponse: En interdisant la négociation collective, le par. 2(2) restreint la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*. Cette restriction n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

L'article 15 ne viole pas la liberté d'association et ne contribue pas à rendre inadéquat le régime d'arbitrage prévu par la Loi.

7. La *Loi constitutionnelle de 1982* limite-t-elle le droit de Sa Majesté d'exclure des unités de négociation collective une seule ou plusieurs des catégories suivantes de ses employés:

- a) un employé qui exerce des fonctions de gestion;
- b) un employé qui est préposé à des fonctions confidentielles en matière de relations de travail;
- c) un employé dont les fonctions sont essentielles au bon fonctionnement de la Législature, de l'Exécutif ou du Judiciaire;
- d) un employé dont les droits en tant que membre d'une unité de négociation collective entreraient en conflit avec ses obligations d'employé?

La Cour, dans des procédures de renvoi, n'a pas à répondre à une question trop vague pour qu'une réponse satisfaisante puisse y être donnée: voir, par exemple, l'arrêt *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704, aux pp. 707 à 715, et la jurisprudence qui y est citée. C'est pourquoi je partage l'avis du juge Kerans, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité:

[TRADUCTION] Il ne reste qu'à traiter de la question de manière abstraite, si nous le pouvons. À cet égard, je n'ai décelé que peu ou pas de désaccord entre les avocats. D'une part, il leur semble évident en soi qu'une loi qui interdit à un individu d'adhérer à un syndicat auquel, n'était-ce de cette loi, il lui serait possible d'adhérer, restreint la liberté d'association même dans un sens limité parce que cela restreint sa liberté d'expression. D'autre part, les catégories mentionnées dans la question semblent représenter un effort de décrire des employés qui, à cause de la nature de leur travail, se trouveraient en situation de conflit direct, important et immédiat, entre leurs obligations envers leurs collègues de l'unité (en présumant que l'unité syndicale requiert une certaine solidarité) et les obligations particulières qu'ils ont envers leur employeur. On n'a fait valoir aucun argument sérieux contre la proposition qu'une exclusion est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique s'il peut être démontré qu'il y a conflit

system as we know otherwise could not work. But, even this statement requires a review of that system under s. 1 which no intervenant undertook or expressed any interest in our undertaking. The real dispute seems to be whether in fact there is, for a given employee under the categories in the legislation, a significant conflict of duty. That, of course, is a fact-issue which we cannot decide, nor are we asked to. In the end, it is impossible to offer any meaningful answer to the question and respectfully I decline to offer any further answer.

Question 7 should not be answered.

The appeal should be allowed.

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

LE DAIN J.—The background, the issues and the relevant authority and considerations in this appeal are fully set out in the reasons for judgment of the Chief Justice and Justice McIntyre. I agree with McIntyre J. that the constitutional guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not include, in the case of a trade union, a guarantee of the right to bargain collectively and the right to strike, and accordingly I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the manner proposed by him. I wish to indicate, if only briefly, the general considerations that lead me to this conclusion.

In considering the meaning that must be given to freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* it is essential to keep in mind that this concept must be applied to a wide range of associations or organizations of a political, religious, social or economic nature, with a wide variety of objects, as well as activity by which the objects may be pursued. It is in this larger perspective, and not simply with regard to the perceived requirements of a trade union, however important they may be, that one must consider the implications of extend-

important d'obligations de la part des employés parce que, je suppose, le régime de négociation collective, tel que nous le connaissons, ne pourrait fonctionner autrement. Mais, même cette affirmation requiert un examen de ce régime en vertu de l'article premier auquel aucun intervenant n'a procédé, ni n'a exprimé d'intérêt à ce que nous l'entreprenions. Le conflit réel semble porter sur la question de savoir si effectivement il y a, pour un employé donné dans les catégories fixées par la législation, un conflit d'obligations important. C'est là naturellement une question de fait que nous ne pouvons trancher, ce qu'on ne nous a pas demandé de faire non plus. En définitive, il est impossible d'offrir quelque réponse significative à la question et, avec égards, je m'abstiens d'y apporter quelque autre réponse.

Aucune réponse n'a à être donnée à la question 7.

En conséquence, le pourvoi est accueilli.

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

LE JUGE LE DAIN—Dans leurs motifs de jugement, le Juge en chef et le juge McIntyre donnent un énoncé complet de l'historique, des questions en litige, de la doctrine, de la jurisprudence ainsi que des facteurs pertinents en l'espèce. Je suis d'accord avec le juge McIntyre pour dire que la garantie constitutionnelle de la liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne comprend pas, dans le cas d'un syndicat, la garantie du droit de négocier collectivement et du droit de faire la grève. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière qu'il propose. Toutefois, je tiens à indiquer, même si ce n'est que brièvement, les considérations générales qui m'ont amené à tirer cette conclusion.

En examinant le sens qu'il faut donner à l'expression liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2d) de la *Charte*, il est essentiel de garder à l'esprit que cette notion doit viser toute une gamme d'associations ou d'organisations de nature politique, religieuse, sociale ou économique, ayant des objectifs très variés, de même que les activités qui permettent de poursuivre ces objectifs. C'est dans cette perspective plus large et non simplement en fonction des prétendues exigences d'un syndicat, si importantes soient-elles, que l'on doit examiner

ing a constitutional guarantee, under the concept of freedom of association, to the right to engage in particular activity on the ground that the activity is essential to give an association meaningful existence.

In considering whether it is reasonable to ascribe such a sweeping intention to the *Charter* I reject the premise that without such additional constitutional protection the guarantee of freedom of association would be a meaningless and empty one. Freedom of association is particularly important for the exercise of other fundamental freedoms, such as freedom of expression and freedom of conscience and religion. These afford a wide scope for protected activity in association. Moreover, the freedom to work for the establishment of an association, to belong to an association, to maintain it, and to participate in its lawful activity without penalty or reprisal is not to be taken for granted. That is indicated by its express recognition and protection in labour relations legislation. It is a freedom that has been suppressed in varying degrees from time to time by totalitarian regimes.

What is in issue here is not the importance of freedom of association in this sense, which is the one I ascribe to s. 2(d) of the *Charter*, but whether particular activity of an association in pursuit of its objects is to be constitutionally protected or left to be regulated by legislative policy. The rights for which constitutional protection are sought—the modern rights to bargain collectively and to strike, involving correlative duties or obligations resting on an employer—are not fundamental rights or freedoms. They are the creation of legislation, involving a balance of competing interests in a field which has been recognized by the courts as requiring a specialized expertise. It is surprising that in an area in which this Court has affirmed a principle of judicial restraint in the review of administrative action we should be considering the substitution of our judgment for that of the Legislature by constitutionalizing in general and abstract terms rights which the Legislature has found it necessary to define and qualify in various ways according to the particular field of labour

l'incidence de l'extension d'une garantie constitutionnelle, qui se présente sous la forme du concept de la liberté d'association, au droit d'exercer une certaine activité pour le motif qu'elle est essentielle si l'on veut qu'une association ait une existence significative.

En se demandant s'il est raisonnable de prêter une intention aussi générale à la *Charte*, je rejette la prémisse selon laquelle, sans cette protection constitutionnelle supplémentaire, la liberté d'association garantie serait vide de sens. La liberté d'association est particulièrement importante pour l'exercice d'autres libertés fondamentales comme la liberté d'expression et la liberté de conscience et de religion. Celles-ci présentent un large champ de protection d'activités collectives. De plus, la liberté de travailler à la constitution d'une association, d'appartenir à une association, de la maintenir et de participer à ses activités licites sans faire l'objet d'une peine ou de représailles ne doit pas être tenue pour acquise. Cela ressort de sa reconnaissance et de sa protection expresses dans la législation en matière de relations de travail. C'est une liberté qui a été plus ou moins supprimée à l'occasion par des régimes totalitaires.

Ce qui est en cause en l'espèce est non pas l'importance de la liberté d'association en ce sens, qui est celui que je prête à l'al. 2d) de la *Charte*, mais la question de savoir si une activité particulière qu'exerce une association en poursuivant ses objectifs, doit être protégée par la Constitution ou faire l'objet d'une réglementation par voie de politiques législatives. Les droits au sujet desquels on réclame la protection de la Constitution, savoir les droits contemporains de négocier collectivement et de faire la grève, qui comportent pour l'employeur des responsabilités et obligations corrélatives, ne sont pas des droits ou libertés fondamentaux. Ce sont des créations de la loi qui mettent en jeu un équilibre entre des intérêts opposés dans un domaine qui, les tribunaux l'ont reconnu, exige une compétence spéciale. Il est étonnant que, dans un domaine où cette Cour a affirmé un principe de retenue judiciaire pour ce qui est de contrôler des mesures administratives, nous devons examiner la possibilité de substituer notre opinion à celle du législateur en constitutionnalisant, en termes géné-

relations involved. The resulting necessity of applying s. 1 of the *Charter* to a review of particular legislation in this field demonstrates in my respectful opinion the extent to which the Court becomes involved in a review of legislative policy for which it is really not fitted.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment prepared in this appeal by the Chief Justice. He has set out in convenient form the facts involved, the constitutional questions referred to the Alberta Court of Appeal by the Lieutenant Governor in Council of the province of Alberta, and the relevant statutory and constitutional provisions bearing on the matters raised. He has in addition summarized the judgments rendered in the Alberta Court of Appeal (1984), 16 D.L.R. (4th) 359, [1985] 2 W.W.R. 289, 35 Alta. L.R. (2d) 124, 57 A.R. 268, 85 CLLC ¶ 14,027. It will not be necessary for me to deal further with those matters.

The question raised in this appeal, stated in its simplest terms, is whether the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* gives constitutional protection to the right of a trade union to strike as an incident to collective bargaining. The issue is not whether strike action is an important activity, nor whether it should be protected at law. The importance of strikes in our present system of labour relations is beyond question and each provincial legislature and the federal Parliament has enacted legislation which recognizes a general right to strike. The question for resolution in this appeal is whether such a right is guaranteed by the *Charter*. If this right is found in the *Charter*, a subsidiary question must be addressed: is the legislation in issue nevertheless “demonstrably justified” under s. 1 of the *Charter*? Since it is my conclusion that the *Charter* does not guarantee the right to strike, I need not consider this subsidiary question.

raux et abstraits, des droits que le législateur a jugé nécessaire de définir et d'édulcorer de diverses façons selon le domaine particulier des relations de travail en cause. La nécessité qui résulte d'appliquer l'article premier de la *Charte* à l'examen d'une mesure législative particulière dans ce domaine démontre, à mon avis, jusqu'à quel point la Cour devient appelée à assumer une fonction de contrôle de politiques législatives qu'elle n'est vraiment pas faite pour assumer.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement rédigés en l'espèce par le Juge en chef. Il a exposé de manière appropriée les faits en cause, les questions constitutionnelles que le lieutenant-gouverneur en conseil de la province de l'Alberta a soumises à la Cour d'appel de l'Alberta et les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes quant aux points soulevés. Il a en outre résumé les opinions exprimées en Cour d'appel de l'Alberta (1984), 16 D.L.R. (4th) 359, [1985] 2 W.W.R. 289, 35 Alta. L.R. (2d) 124, 57 A.R. 268, 85 CLLC ¶ 14,027. Il ne me sera donc pas nécessaire de traiter plus longuement de ces sujets.

La question qui se pose en l'espèce, énoncée en ses termes les plus simples, est de savoir si la *Charte canadienne des droits et libertés* confère une garantie constitutionnelle au droit d'un syndicat de faire la grève, à titre d'accessoire de la négociation collective. Il ne s'agit pas de savoir si la grève constitue une activité importante ou si elle doit être protégée par la loi. L'importance des grèves dans notre régime actuel de relations de travail ne fait aucun doute et le législateur, tant fédéral que provincial, a adopté des lois qui reconnaissent un droit général de faire la grève. La question à résoudre en l'espèce est de savoir si ce droit est garanti par la *Charte*. Si l'on retrouve ce droit dans la *Charte*, une question subsidiaire se pose: la législation en cause est-elle néanmoins «justifiée d'une manière qui puisse se démontrer» en vertu de l'article premier de la *Charte*? Comme j'arrive à la conclusion que la *Charte* ne garantit pas le droit de grève, je n'ai pas à répondre à cette question subsidiaire.

The appellants do not contend that the right to strike is specifically mentioned in the *Charter*. The sole basis of their submission is that this right is a necessary incident to the exercise by a trade union of the freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*. The resolution of this appeal turns then on the meaning of freedom of association in the *Charter*.

Freedom of Association and s. 2(d) of the *Charter*

Freedom of association is one of the most fundamental rights in a free society. The freedom to mingle, live and work with others gives meaning and value to the lives of individuals and makes organized society possible. The value of freedom of association as a unifying and liberating force can be seen in the fact that historically the conqueror, seeking to control foreign peoples, invariably strikes first at freedom of association in order to eliminate effective opposition. Meetings are forbidden, curfews are enforced, trade and commerce is suppressed, and rigid controls are imposed to isolate and thus debilitate the individual. Conversely, with the restoration of national sovereignty the democratic state moves at once to remove restrictions on freedom of association.

It is clear that the importance of freedom of association was recognized by Canadian law prior to the *Charter*. It is equally clear that prior to the *Charter* a provincial Legislature or Parliament acting within its jurisdiction could regulate and control strikes and collective bargaining. The *Charter* has reaffirmed the historical importance of freedom of association and guaranteed it as an independent right. The courts must now define the range or scope of this right and its relation to other rights, both those grounded in the *Charter* and those existing at law without *Charter* protection.

In approaching this task, it must be recognized that the *Charter* should receive a broad and generous construction consistent with its general pur-

Les appelants ne soutiennent pas que le droit de grève est mentionné expressément dans la *Charte*. Le seul fondement de leur argumentation est que ce droit découle nécessairement de l'exercice par un syndicat de la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*. La solution du présent litige dépend donc du sens qu'il faut donner à l'expression liberté d'association contenue dans la *Charte*.

La liberté d'association et l'al. 2d) de la *Charte*

La liberté d'association constitue l'un des droits les plus fondamentaux qui existe dans une société libre. La liberté de se joindre à d'autres personnes, de vivre et de travailler avec elles, confère un sens et une valeur à l'existence de l'individu et rend possible l'existence d'une société organisée. La valeur de la liberté d'association, en tant que force unificatrice et libératrice, ressort du fait que, historiquement, le conquérant qui veut dominer des peuples étrangers s'attaque d'abord inmanquablement à la liberté d'association afin d'éliminer toute forme d'opposition efficace. Les assemblées sont interdites, des couvre-feux sont imposés, le commerce est supprimé et des contrôles rigides sont institués pour isoler et ainsi débilitier l'individu. Inversement, en rétablissant la souveraineté nationale, l'État démocratique entreprend aussitôt de supprimer les restrictions apportées à la liberté d'association.

Il est manifeste que le droit canadien avait reconnu l'importance de la liberté d'association avant l'adoption de la *Charte*. Il est tout aussi manifeste qu'antérieurement à la *Charte*, le législateur provincial ou fédéral, dans son domaine de compétence exclusive, pouvait réglementer et contrôler l'exercice du droit de grève et le processus de négociation collective. La *Charte* a réaffirmé l'importance historique de la liberté d'association et l'a garantie en tant que droit indépendant. Il appartient maintenant aux tribunaux de délimiter la portée et l'étendue de ce droit, ainsi que ses rapports avec d'autres droits, tant ceux qui trouvent une assise dans la *Charte* que ceux qui sont reconnus par la loi sans être protégés par la *Charte*.

Ce faisant, il faut reconnaître que la *Charte* doit recevoir une interprétation large et libérale qui soit conforme à son objet général (voir l'arrêt *Hunter*

pose, (see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155). In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, this Court dealt in some detail with the considerations which should govern an inquiry into the meaning of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. At page 344, Dickson J. (now C.J.) speaking for the majority, said:

This Court has already, in some measure, set out the basic approach to be taken in interpreting the *Charter*. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts. [Emphasis added.]

It follows that while a liberal and not overly legalistic approach should be taken to constitutional interpretation, the *Charter* should not be regarded as an empty vessel to be filled with whatever meaning we might wish from time to time. The interpretation of the *Charter*, as of all constitutional documents, is constrained by the language, structure, and history of the constitutional text, by constitutional tradition, and by the history, traditions, and underlying philosophies of our society.

c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155). Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, cette Cour a traité de façon assez détaillée des considérations qui doivent régir un examen du sens des droits et des libertés garantis par la *Charte*. À la page 344, le juge Dickson (maintenant Juge en chef), s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, affirme:

Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de cette Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. [C'est moi qui souligne.]

Il s'ensuit que, bien qu'il faille adopter une attitude libérale et pas trop formaliste en matière d'interprétation constitutionnelle, la *Charte* ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner. L'interprétation de la *Charte*, comme celle de tout document constitutionnel, est circonscrite par la formulation, la structure et l'historique du texte constitutionnel, par la tradition constitutionnelle et par l'histoire, les traditions et les philosophies inhérentes de notre société.

The Value of Freedom of Association

The starting point of the process of interpretation is an inquiry into the purpose or value of the right at issue. While freedom of association like most other fundamental rights has no single purpose or value, at its core rests a rather simple proposition: the attainment of individual goals, through the exercise of individual rights, is generally impossible without the aid and cooperation of others. "Man, as Aristotle observed, is a 'social animal, formed by nature for living with others', associating with his fellows both to satisfy his desire for social intercourse and to realize common purposes." (L. J. MacFarlane, *The Theory and Practice of Human Rights* (1985), p. 82.) This thought was echoed in the familiar words of Alexis de Tocqueville:

The most natural privilege of man, next to the right of acting for himself, is that of combining his exertions with those of his fellow creatures and of acting in common with them. The right of association therefore appears to me almost as inalienable in its nature as the right of personal liberty. No legislator can attack it without impairing the foundations of society.

(*Democracy in America* (1945), vol. 1, at p. 196.)

The increasing complexity of modern society, which has diminished the power of the individual to act alone, has greatly increased the importance of freedom of association. In the words of Professor T. I. Emerson in "Freedom of Association and Freedom of Expression" (1964), 74 *Yale L.J.* 1, at p. 1:

Freedom of association has always been a vital feature of American society. In modern times it has assumed even greater importance. More and more the individual, in order to realize his own capacities or to stand up to the institutionalized forces that surround him, has found it imperative to join with others of like mind in pursuit of common objectives.

A similar point was made by C. Wilfred Jenks, a former Director-General of the I.L.O. (*Human Rights and International Labour Standards* (1960), at p. 49):

La valeur de la liberté d'association

Le point de départ du processus d'interprétation consiste à analyser l'objet ou la valeur du droit en cause. Bien que, à l'instar de la plupart des autres droits fondamentaux, la liberté d'association n'ait pas un objet ou une valeur unique, elle repose essentiellement sur une proposition assez simple: pour l'individu, la réalisation de certains objectifs par l'exercice de ses droits individuels est généralement impossible sans l'aide et la coopération d'autrui. [TRADUCTION] «L'homme, comme l'a fait observer Aristote, est un «animal social façonné par la nature pour vivre en groupe», qui s'associe à ses semblables à la fois pour satisfaire son besoin de relations sociales et pour réaliser des fins communes.» (L. J. MacFarlane, *The Theory and Practice of Human Rights* (1985), à la p. 82.) Cette pensée fait écho aux propos bien connus d'Alexis de Tocqueville:

Après la liberté d'agir seul, la plus naturelle à l'homme est celle de combiner ses efforts avec les efforts de ses semblables et d'agir en commun. Le droit d'association me paraît donc presque inaliénable de sa nature que la liberté individuelle. Le législateur ne saurait vouloir le détruire sans attaquer la société elle-même.

(*De la Démocratie en Amérique* (1951), tome 1, à la p. 305.)

La complexité croissante de la société moderne, qui réduit la capacité de l'individu d'agir seul, a largement accru l'importance de la liberté d'association. Pour reprendre les termes du professeur T. I. Emerson dans «Freedom of Association and Freedom of Expression» (1964), 74 *Yale L.J.* 1, à la p. 1:

[TRADUCTION] La liberté d'association a toujours constitué une caractéristique vitale de la société américaine. De nos jours, elle a pris une importance plus grande encore. De plus en plus l'individu, afin de se réaliser lui-même ou de résister aux forces institutionnalisées qui l'entourent, s'est senti obligé de s'unir avec ceux qui partagent ses idées dans la poursuite d'objectifs communs.

C. Wilfred Jenks, ancien directeur général de l'O.I.T., fait valoir un argument semblable (*Human Rights and International Labour Standards* (1960), à la p. 49):

In an age of interdependence and large-scale organisation, in which the individual counts for so little unless he acts in co-operation with his fellows, freedom of association has become the cornerstone of civil liberties and social and economic rights alike. It has long been the bulwark of religious freedom and political liberty; it has increasingly become a necessary condition of economic and social freedom for the ordinary citizen.

Our society supports a multiplicity of organized groups, clubs and associations which further many different objectives, religious, political, educational, scientific, recreational, and charitable. This exercise of freedom of association serves more than the individual interest, advances more than the individual cause; it promotes general social goals. Of particular importance is the indispensable role played by freedom of association in the functioning of democracy. Paul Cavalluzzo said in "Freedom of Association and the Right to Bargain Collectively" in *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), at pp. 199-200:

Secondly, [freedom of association] is an effective check on state action and power. In many ways freedom of association is the most important fundamental freedom because it is the one human right which clearly distinguishes a totalitarian state from a democratic one. In a totalitarian system, the state cannot tolerate group activity because of the powerful check it might have on state power.

Associations serve to educate their members in the operation of democratic institutions. As de Tocqueville noted, *supra*, vol. II, at p. 116:

... [individuals] cannot belong to these associations for any length of time without finding out how order is maintained among a large number of men and by what contrivance they are made to advance, harmoniously and methodically, to the same object. Thus they learn to surrender their own will to that of all the rest and to make their own exertions subordinate to the common impulse, things which it is not less necessary to know in civil than in political associations. Political associations may therefore be considered as large free schools, where

[TRADUCTION] À une époque d'interdépendance et d'organisations à grande échelle, où l'individu compte pour si peu, à moins qu'il ne coopère avec ses semblables, la liberté d'association est devenue la pierre angulaire des libertés civiles et des droits tant sociaux qu'économiques. Ce fut longtemps le rempart de la liberté religieuse et politique; elle est devenue de plus en plus une condition nécessaire de la liberté économique et sociale du citoyen ordinaire.

Notre société reconnaît l'existence d'une multitude de groupes organisés, de clubs et d'associations qui poursuivent des objectifs fort variés d'ordre religieux, politique, éducatif, scientifique, récréatif et charitable. Cet exercice de la liberté d'association ne fait pas que servir les intérêts ou la cause de l'individu, il favorise la réalisation d'objectifs sociaux généraux. Le rôle que la liberté d'association joue dans le fonctionnement de la démocratie revêt une importance particulière. Paul Cavalluzzo affirme, dans un article intitulé «Freedom of Association and the Right to Bargain Collectively» que l'on trouve dans *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), aux pp. 199 et 200:

[TRADUCTION] En second lieu, [la liberté d'association] constitue un frein efficace contre l'action et la puissance de l'État. À plusieurs égards, la liberté d'association est la liberté fondamentale la plus importante du fait qu'elle constitue le droit de la personne qui distingue nettement l'État démocratique de l'État totalitaire. Dans un régime totalitaire, l'État ne peut tolérer l'activité collective à cause du contrôle puissant qu'elle peut exercer sur la puissance de l'État.

Les associations servent à éduquer leurs membres sur le fonctionnement des institutions démocratiques. Comme le souligne de Tocqueville, précité, tome II, à la p. 158:

... [des individus] ne sauraient faire longtemps partie de ces associations-là sans découvrir comment on maintient l'ordre parmi un grand nombre d'hommes, et par quel procédé on parvient à les faire marcher, d'accord et méthodiquement, vers le même but. Ils y apprennent à soumettre leur volonté à celle de tous les autres, et à subordonner leurs efforts particuliers à l'action commune, toutes choses qu'il n'est pas moins nécessaire de savoir dans les associations civiles que dans les associations politiques.

all the members of the community go to learn the general theory of association.

Associations also make possible the effective expression of political views and thus influence the formation of governmental and social policy. As Professor G. Abernathy observed in *The Right of Assembly and Association* (1961), at p. 242:

... probably the most obvious service rendered by the institution of association is influencing governmental policy. Concerted action or pressure on governmental agencies has a far greater chance of success than does the sporadic pressure of numerous individuals acting separately.

Freedom of association then serves the interest of the individual, strengthens the general social order, and supports the healthy functioning of democratic government.

In considering the constitutional position of freedom of association, it must be recognized that while it advances many group interests and, of course, cannot be exercised alone, it is nonetheless a freedom belonging to the individual and not to the group formed through its exercise. While some provisions in the Constitution involve groups, such as s. 93 of the *Constitution Act, 1867* protecting denominational schools, and s. 25 of the *Charter* referring to existing aboriginal rights, the remaining rights and freedoms are individual rights; they are not concerned with the group as distinct from its members. The group or organization is simply a device adopted by individuals to achieve a fuller realization of individual rights and aspirations. People, by merely combining together, cannot create an entity which has greater constitutional rights and freedoms than they, as individuals, possess. Freedom of association cannot therefore vest independent rights in the group.

Many of the scholarly writers on this subject have recognized and stated this proposition. Clyde W. Summers in "Freedom of Association and

Les associations politiques peuvent donc être considérées comme de grandes écoles gratuites, où tous les citoyens viennent apprendre la théorie générale des associations.

^a Les associations permettent aussi d'exprimer efficacement des opinions politiques et influencent ainsi l'élaboration des politiques gouvernementales et sociales. Comme le professeur G. Abernathy le fait observer dans son ouvrage intitulé *The Right of Assembly and Association* (1961), à la p. 242:

[TRADUCTION] ... il est probable que le service le plus manifeste que rend cette institution qu'est l'association, c'est l'influence qu'elle a sur les politiques gouvernementales. L'action concertée ou la pression exercée sur les organismes gouvernementaux a bien plus de chances d'être couronnée de succès que la pression sporadique d'un grand nombre d'individus agissant séparément.

^d La liberté d'association sert donc les intérêts de l'individu, renforce l'ordre social général et assure le bon fonctionnement du gouvernement démocratique.

^e En considérant la situation constitutionnelle de la liberté d'association, il faut reconnaître que, bien qu'elle assure la promotion de nombreux intérêts collectifs et, naturellement, qu'elle ne puisse être exercée seule, il s'agit néanmoins d'une liberté qui appartient à l'individu et non aux groupes formés grâce à son exercice. Bien que certaines dispositions de la Constitution s'intéressent à des groupes, tels l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui assure la protection des écoles confessionnelles, et l'art. 25 de la *Charte*, qui traite des droits existants des autochtones, les droits et libertés qui restent sont des droits individuels; ils ne concernent pas le groupe par rapport à ses membres. Le groupe ou l'organisation n'est qu'un moyen adopté par des individus pour mieux réaliser leurs droits et aspirations individuels. Les gens ne peuvent pas, simplement en se joignant à d'autres, créer une entité qui a des droits et des libertés constitutionnels plus grands que ceux que possèdent les individus. La liberté d'association ne saurait donc conférer des droits indépendants au groupe.

^j Plusieurs des auteurs qui ont écrit sur ce sujet ont reconnu et énoncé ce principe. Clyde W. Summers affirme, dans «Freedom of Association and

Compulsory Unionism in Sweden and the United States” (1964), 112 *U. Pa. L. Rev.* 647, at p. 647, said:

Although commonly asserted by the organization, freedom of association is not simply a collective right vested in the organization for its benefit. Freedom of association is an individual right vested in the individual to enable him to enlarge his personal freedom. Its function is not merely to grant power to groups, but to enrich the individual’s participation in the democratic process by his acting through those groups. [Emphasis added.]

Professor Emerson, *supra*, at p. 4, stated:

... a theory of association must begin with the individual. In a society governed by democratic principles it is the individual who is the ultimate concern of the social order. His interests and rights are paramount. Association is an extension of individual freedom. It is a method of making more effective, of giving greater depth and scope to, the individual’s needs, aspirations and liberties.

and Reena Raggi in the article “An Independent Right to Freedom of Association” (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L.L. Rev.* 1, stated the position clearly, at pp. 15-16:

This notion that an association is no more than the sum of its individual members seems essential in a society in which it is “the individual who is the ultimate concern of the social order.” In such a society it would hardly seem possible that an abstract entity such as an association should enjoy rights apart from and indeed greater than its individual members; to hold otherwise would contradict the equality of opportunity which is at the heart of this argument for freedom of association.

The recognition of this principle in the case at bar is of great significance. The only basis on which it is contended that the *Charter* enshrines a right to strike is that of freedom of association. Collective bargaining is a group concern, a group activity, but the group can exercise only the constitutional rights of its individual members on behalf of those members. If the right asserted is not found in the *Charter* for the individual, it cannot be implied for the group merely by the fact of association. It follows as well that the rights of the

Compulsory Unionism in Sweden and the United States» (1964), 112 *U. Pa. L. Rev.* 647, à la p. 647:

[TRADUCTION] Bien que l’organisation l’affirme habituellement, la liberté d’association n’est pas simplement un droit collectif conféré à l’organisation pour son profit. La liberté d’association est un droit individuel conféré à l’individu pour lui permettre d’élargir sa liberté personnelle. Elle a non seulement pour fonction de donner du pouvoir à des groupes, mais aussi d’accroître la participation de l’individu au processus démocratique par son action à travers ces groupes. [C’est moi qui souligne.]

Le professeur Emerson, précité, à la p. 4, déclare:

[TRADUCTION] ... une théorie de l’association doit commencer par l’individu. Dans une société régie par des principes démocratiques, c’est l’individu qui constitue l’intérêt ultime de l’ordre social. Ses intérêts et ses droits sont prépondérants. L’association est un prolongement de la liberté individuelle. C’est une façon de rendre plus efficaces les besoins, les aspirations et les libertés de l’individu, et de leur donner plus de profondeur et de portée.

Et Reena Raggi, dans son article intitulé «An Independent Right to Freedom of Association» (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L.L. Rev.* 1, expose la situation clairement, aux pp. 15 et 16:

[TRADUCTION] La notion portant qu’une association n’est rien de plus que la somme des individus qui la composent semble essentielle dans une société où c’est «l’individu qui constitue le souci ultime de l’ordre social». Dans une telle société, il ne semblerait guère possible qu’une entité abstraite, telle une association, puisse jouir de droits différents de ceux de ses membres pris individuellement, voire même de droits plus grands que ceux-ci; prétendre le contraire entrerait en contradiction avec le principe de l’égalité des chances qui est au cœur de cet argument justifiant la liberté d’association.

La reconnaissance de ce principe en l’espèce est d’une grande importance. La liberté d’association est le seul motif invoqué à l’appui de la prétention que la *Charte* consacre le droit de grève. La négociation collective constitue une affaire de groupe, une activité de groupe, mais le groupe ne peut exercer, au nom de ses membres, que les droits constitutionnels dont ils jouissent individuellement. Si le droit revendiqué n’est pas prévu par la *Charte* au profit de l’individu, il ne saurait exister implicitement pour le groupe du simple fait de l’associa-

individual members of the group cannot be enlarged merely by the fact of association.

The Scope of Freedom of Association in s. 2(d)

Various theories have been advanced to define freedom of association guaranteed by the Constitution. They range from the very restrictive to the virtually unlimited. To begin with, it has been said that freedom of association is limited to a right to associate with others in common pursuits or for certain purposes. Neither the objects nor the actions of the group are protected by freedom of association. This was the approach adopted in *Collymore v. Attorney-General*, [1970] A.C. 538. The facts of the case have been stated by the Chief Justice and need no repetition here. In its reasons, the Judicial Committee approved the words of Sir Hugh Wooding C.J., of the Court of Appeal of Trinidad and Tobago, which defined freedom of association in these terms, at p. 547:

... freedom of association means no more than freedom to enter into consensual arrangements to promote the common-interest objects of the associating group. The objects may be any of many. They may be religious or social, political or philosophical, economic or professional, educational or cultural, sporting or charitable. But the freedom to associate confers neither right nor licence for a course of conduct or for the commission of acts which in the view of Parliament are inimical to the peace, order and good government of the country.

This approach was followed in *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580* (1984), 10 D.L.R. (4th) 198, (affirmed by this Court on different grounds, [1986] 2 S.C.R. 573), where Esson J.A., speaking for the British Columbia Court of Appeal on this issue, said, at p. 209:

The freedom must be intended to protect the right of 'everyone' to associate as they please, and to form associations of all kinds, from political parties to hobby clubs. Some will have objects and will be in favour of means of achieving those objects, which the framers of the Charter cannot have intended to protect. The freedom to associate carries with it no constitutional protection of the purposes of the association, or means of achieving those purposes.

tion. Il s'ensuit aussi que les droits dont jouissent individuellement les membres du groupe ne sauraient être élargis du simple fait de l'association.

a La portée de la liberté d'association prévue à l'al. 2d)

Diverses théories ont été avancées pour définir la liberté d'association que garantit la Constitution. Elles vont de la plus restrictive à la quasi illimitée. Pour commencer, on a dit que la liberté d'association se limite au droit de s'associer à d'autres pour réaliser des desseins communs ou pour atteindre certains objectifs. Ni les objets ni les actes du groupe ne sont protégés par la liberté d'association. C'est là la conception adoptée dans l'arrêt *Collymore v. Attorney-General*, [1970] A.C. 538. Le Juge en chef a exposé les faits de l'espèce et il n'est pas nécessaire de les répéter ici. Dans ses motifs, le Comité judiciaire a approuvé la définition que donne de la liberté d'association le juge en chef de la Cour d'appel de Trinité et Tobago, sir Hugh Wooding, à la p. 547:

[TRADUCTION] ... la liberté d'association ne signifie rien de plus que la liberté de conclure des ententes pour promouvoir les objectifs communs du groupe qui s'associe. Ces objectifs peuvent être de tout ordre. Ils peuvent être religieux ou sociaux, politiques ou philosophiques, économiques ou professionnels, éducatifs ou culturels, sportifs ou charitables. Mais la liberté d'association ne confère ni le droit ni l'autorisation d'avoir un comportement ou d'accomplir des actes qui de l'avis du Parlement sont défavorables à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement du pays.

Ce point de vue a été suivi dans l'arrêt *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580* (1984), 10 D.L.R. (4th) 198 (confirmé par cette Cour pour des motifs différents, [1986] 2 R.C.S. 573), où le juge Esson, s'exprimant à ce sujet au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, affirme à la p. 209:

[TRADUCTION] Cette liberté doit viser à protéger le droit de «chacun» de s'associer comme il lui plaît et de former des associations de tous genres, des partis politiques aux clubs de passe-temps. Certains auront des objets, et favoriseront certains moyens d'atteindre ces objets, que les rédacteurs de la *Charte* ne peuvent avoir eu l'intention de protéger. Mais la liberté de s'associer n'implique aucune protection constitutionnelle des objectifs de l'association ou des moyens de les atteindre.

The same approach was followed in *Public Service Alliance of Canada v. The Queen* (PSAC judgment delivered concurrently, [1987] 1 S.C.R. 424), both at trial, [1984] 2 F.C. 562, and on appeal, [1984] 2 F.C. 889. Other cases which have followed the *Collymore* approach include: *Re Prime and Manitoba Labour Board* (1983), 3 D.L.R. (4th) 74 (Man. Q.B.), rev'd on other grounds (1984), 8 D.L.R. (4th) 641 (Man. C.A.); and *Halifax Police Officers and NCO's Association v. City of Halifax* (1984), 11 C.R.R. 358 (N.S.S.C.T.D.)

A second approach provides that freedom of association guarantees the collective exercise of constitutional rights or, in other words, the freedom to engage collectively in those activities which are constitutionally protected for each individual. This theory has been adopted in the United States to define the scope of freedom of association under the American Constitution. Professor L. H. Tribe in his treatise, *American Constitutional Law* (1978), describes the American position, as follows, at p. 702:

... [freedom of association] is a right to join with others to pursue goals independently protected by the first amendment—such as political advocacy, litigation (regarded as a form of advocacy), or religious worship.

Further, in *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984), Brennan J., writing for the majority of the United States Supreme Court, said, at p. 618:

... the Court has recognized a right to associate for the purpose of engaging in those activities protected by the First Amendment—speech, assembly, petition for the redress of grievances, and the exercise of religion. The Constitution guarantees freedom of association of this kind as an indispensable means of preserving other individual liberties.

It will be seen that this approach guarantees not only the right to associate but as well the right to pursue those objects of association which by their nature have constitutional protection.

Le même point de vue a été adopté dans l'affaire *Alliance de la Fonction publique du Canada c. La Reine* (l'arrêt AFPC rendu en même temps que le présent arrêt, [1987] 1 R.C.S. 424) tant en première instance, [1984] 2 C.F. 562, qu'en appel, [1984] 2 C.F. 889. Le point de vue de l'arrêt *Collymore* a aussi été suivi dans d'autres décisions dont *Re Prime and Manitoba Labour Board* (1983), 3 D.L.R. (4th) 74 (B.R. Man.), infirmé pour d'autres motifs (1984), 8 D.L.R. (4th) 641 (C.A. Man.), et *Halifax Police Officers and NCO's Association v. City of Halifax* (1984), 11 C.R.R. 358 (C.S.N.-É., D.P.I.)

Selon une seconde conception, la liberté d'association garantit l'exercice collectif de droits constitutionnels ou, en d'autres termes, la liberté d'exercer collectivement des activités que la Constitution garantit à chaque individu. Cette théorie a été adoptée aux États-Unis pour décrire la portée de la liberté d'association sous le régime de la Constitution américaine. Le professeur L. H. Tribe, dans son traité *American Constitutional Law* (1978), décrit ainsi la position américaine, à la p. 702:

[TRADUCTION] ... [la liberté d'association] est le droit de s'unir à d'autres pour poursuivre des objectifs indépendamment protégés par le Premier amendement—tels la revendication politique, le recours à la justice (considéré comme une forme de revendication) ou le culte.

En outre, dans l'arrêt *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984), le juge Brennan, s'exprimant au nom de la Cour suprême des États-Unis à la majorité, affirme à la p. 618:

[TRADUCTION] ... la Cour reconnaît depuis longtemps le droit de s'associer dans le but d'exercer les activités que protège le Premier amendement—la liberté de parole, la liberté d'assemblée, le droit d'adresser des pétitions pour obtenir une réparation de ses torts, et la liberté de culte. La Constitution garantit ce genre de liberté d'association comme moyen indispensable de préserver les autres libertés individuelles.

On voit que cette conception garantit non seulement le droit de s'associer, mais aussi le droit de chercher à atteindre les objectifs de l'association qui, de par leur nature, jouissent d'une protection constitutionnelle.

A third approach postulates that freedom of association stands for the principle that an individual is entitled to do in concert with others that which he may lawfully do alone, and conversely, that individuals and organizations have no right to do in concert what is unlawful when done individually. This approach is supported by Professor Emerson, *supra*, where he states, at p. 4:

... as a starting point, an association should be entitled to do whatever an individual can do; conversely, conduct prohibited to an individual by a state can also be prohibited to an association.

A similar view has been expressed by the American scholar, Reena Raggi, *supra*, pp. 15-16, and by Bayda C.J.S. in *Re Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 and Government of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609 (the *Dairy Workers* case), at p. 619:

Where an act is capable of being performed by a person alone or in association, then only if a person acting alone is forbidden to perform the act, is the person acting in association forbidden.

A fourth approach would constitutionally protect collective activities which may be said to be fundamental to our culture and traditions and which by common assent are deserving of protection. This approach was proposed by Kerans J.A. in *Black v. Law Society of Alberta*, [1986] 3 W.W.R. 590 (Alta. C.A.) The court held in that case that legislative restrictions against partnerships for the practice of law between Alberta solicitors and non-resident solicitors violated freedom of association. Speaking for himself, Kerans J.A., stated, at p. 612:

In my view, the freedom [of association] includes the freedom to associate with others in the exercise of Charter-protected rights and also those other rights which—in Canada—are thought so fundamental as not to need formal expression: to marry, for example, or to establish a home and family, pursue an education or gain a livelihood. [Emphasis added.]

Une troisième conception postule que la liberté d'association repose sur le principe que l'individu a le droit d'accomplir de concert avec d'autres ce qu'il peut licitement accomplir seul et, à l'inverse, que les individus et les organisations n'ont pas le droit d'accomplir de concert ce qui est illicite d'accomplir seul. Cette conception reçoit l'appui du professeur Emerson, précité, lorsqu'il affirme, à la p. 4:

[TRADUCTION] ... au départ, une association devrait pouvoir faire tout ce que l'individu peut faire; à l'inverse, le comportement interdit à l'individu par l'État peut également être interdit à une association.

Un point de vue similaire a été adopté par l'auteur américain Reena Raggi, précité, aux pp. 15 et 16, et par le juge en chef Bayda de la Saskatchewan, dans l'arrêt *Re Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 and Government of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609 (l'affaire des *Travailleurs de l'industrie laitière*), à la p. 619:

[TRADUCTION] Lorsqu'un acte peut être accompli par une personne seule ou encore collectivement, ce n'est que s'il est interdit à une personne d'accomplir l'acte seule qu'il est interdit à la personne de s'associer pour l'accomplir.

Une quatrième conception accorderait une protection constitutionnelle aux activités collectives qu'on pourrait qualifier de fondamentales dans notre culture et selon nos traditions et qui, d'un commun accord, méritent protection. Le juge Kerans propose cette solution dans l'arrêt *Black v. Law Society of Alberta*, [1986] 3 W.W.R. 590 (C.A. Alb.) La cour a jugé dans cette affaire que les restrictions législatives imposées à la liberté d'avocats albertains et d'avocats non résidents de s'associer pour la pratique du droit, violait la liberté d'association. S'exprimant en son propre nom, le juge Kerans dit, à la p. 612:

[TRADUCTION] À mon avis, cette liberté [d'association] inclut la liberté de s'associer avec d'autres pour exercer les droits que garantit la Charte et aussi ces autres droits qui, au Canada, sont jugés à ce point fondamentaux qu'ils ne nécessitent pas d'expression formelle: le droit de se marier par exemple, ou celui de fonder un foyer, de s'instruire ou de gagner sa vie. [C'est moi qui souligne.]

A fifth approach rests on the proposition that freedom of association, under s. 2(d) of the *Charter*, extends constitutional protection to all activities which are essential to the lawful goals of an association. This approach was advanced in *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392 by the Ontario Divisional Court. The court held that freedom of association included the freedom to bargain collectively and to strike, since, in its view, these activities were essential to the objects of a trade union and without them the association would be emasculated. Galligan J. said, at p. 409:

But I think that freedom of association if it is to be a meaningful freedom must include freedom to engage in conduct which is reasonably consonant with the lawful objects of an association. And I think a lawful object is any object which is not prohibited by law.

And Smith J. said, at p. 463:

It follows, and it is trite to say I suppose, that the freedom to associate carries with it the freedom to meet to pursue the lawful objects and activities essential to the association's purposes, being in this instance the well-being, economic or otherwise, of its members.

The sixth and final approach so far isolated in the cases, and by far the most sweeping, would extend the protection of s. 2(d) of the *Charter* to all acts done in association, subject only to limitation under s. 1 of the *Charter*. This is the position suggested by Bayda C.J.S. in the *Dairy Workers* case, *supra*. He said in his reasons for judgment, at pp. 620-21:

To summarize, a person asserting the freedom of association under para. 2(d) is free (apart from s. 1 of the *Charter*) to perform in association without governmental interference any act that he is free to perform alone. Where an act by definition is incapable of individual performance, he is free to perform the act in association provided the mental component of the act is not to inflict harm. Such then is the "unregulated area" (to use Professor Lederman's expression) relative to the freedom of association. Such is the "sphere of activity within which the law (has guaranteed) to leave me alone", to use the words of the author of *Salmond on*

Une cinquième conception a pour assise la proposition voulant que la liberté d'association, au sens de l'al. 2d) de la *Charte*, accorde une protection constitutionnelle à toutes les activités essentielles à la réalisation des objectifs licites de l'association. Il s'agit là du point de vue avancé par la Cour divisionnaire de l'Ontario dans la décision *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392. La cour a jugé que la liberté d'association inclut la liberté de négocier collectivement et de faire la grève puisque, à son avis, ce sont là des activités essentielles aux objectifs d'un syndicat et que, sans elles, l'association serait émasculée. Le juge Galligan dit, à la p. 409:

[TRADUCTION] Mais je pense que si la liberté d'association doit avoir un sens, elle doit inclure la liberté d'avoir un comportement raisonnablement compatible avec les objets licites d'une association et, je pense, un objet licite c'est tout objet que la loi n'interdit pas.

Et le juge Smith, à la p. 463:

[TRADUCTION] Il s'ensuit, et cela va de soi je suppose, que la liberté de s'associer comprend la liberté de se réunir pour poursuivre les objectifs légitimes et exercer les activités essentielles aux buts de l'association, soit, dans ce cas-ci, le bien-être, économique ou autre, de ses adhérents.

La sixième et dernière conception jusqu'à maintenant dégagée par la jurisprudence, et de loin la plus large, étendrait la protection de l'al. 2d) de la *Charte* à tous les actes accomplis collectivement, sous réserve seulement d'une restriction en vertu de l'article premier de la *Charte*. C'est là la position avancée par le juge en chef Bayda dans l'affaire des *Travailleurs de l'industrie laitière*, précitée. Voici ce qu'il affirme dans ses motifs de jugement, aux pp. 620 et 621:

[TRADUCTION] En résumé, les individus qui revendiquent la liberté d'association, aux termes de l'al. 2d), sont libres (sous réserve de l'article premier de la *Charte*) d'accomplir collectivement, sans intervention gouvernementale, les actes qu'ils sont libres d'accomplir seuls. Lorsque, par définition, un acte n'est pas susceptible d'accomplissement par un seul individu, les individus ont la liberté de s'associer pour l'accomplir, pourvu que l'acte n'ait pas pour but de causer un préjudice. Tel est donc, le «secteur non réglementé» (pour employer l'expression du professeur Lederman) pour ce qui est de la liberté d'association. Tel est le «champ d'activités dans

Jurisprudence with an interpolation from s. 1 of the Charter. [Emphasis added.]

In presenting these six formulations of the concept of freedom of association, I do not mean to suggest that they are the only ones which might be developed. They do, however, embrace generally the concepts and arguments advanced before the Court. In examining these formulations, I will consider them within the context of the *Charter*, the pre-existing law of Canada, and the circumstances in which freedom of association is asserted.

As to the pre-existing law in Canada, it is sufficient to say that freedom of association is not a new right or freedom. It existed in Canada long before the *Charter* was adopted and was recognized as a basic right. It consisted in the liberty of two or more persons to associate together provided that they did not infringe a specific rule of common law or statute by having either an unlawful object or by pursuing their object by unlawful means (see *Halsbury's Laws of England* (3rd ed. 1954), vol. 7, at pp. 195-96; O. Hood Phillips and Paul Jackson, *Constitutional and Administrative Law* (6th ed. 1978), at p. 503). It may be observed as well that freedom of association was recognized and applied in relation to trade unions. The law of Canada and of each province has long recognized that trade unions could, and did, exist as lawful associations with rights and obligations fixed by law and that individuals had the right to belong to, and participate in, the activities of trade unions (see *Collective Bargaining Law in Canada* (2nd ed. 1986), A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer and W. B. Rayner, at pp. 1-108).

Freedom of association was acknowledged and accepted as part of our social and legal fabric. The *Charter* upon its adoption guaranteed freedom of association as a free-standing right in s. 2(d). I do not seek to limit the effect of that guarantee to the law as it stood before adoption. I do, however, suggest that the *Charter* guarantee, which by itself does not in any way define freedom of association, must be construed with reference to the constitu-

lequel la loi (garantit) qu'elle me laissera en paix», pour reprendre les termes de l'auteur de *Salmond on Jurisprudence*, en y intercalant un terme extrait de l'article premier de la Charte. [C'est moi qui souligne.]

^a En présentant ces six formulations de la notion de liberté d'association, je ne veux pas laisser entendre que ce sont là les seules qui puissent être dégagées. Toutefois, elles représentent de façon générale les notions et les arguments qui ont été soumis à la Cour. En étudiant ces formulations, je les considérerai sous l'angle de la *Charte*, du droit canadien préexistant et des circonstances dans lesquelles la liberté d'association est revendiquée.

^c Pour ce qui est du droit canadien préexistant, il suffit de dire que la liberté d'association ne constitue pas un nouveau droit ou une nouvelle liberté. Elle existait au Canada bien avant l'adoption de la *Charte* et était reconnue comme un droit fondamental. Elle consistait en la liberté pour deux ou plusieurs personnes de s'associer, pourvu qu'elles n'enfreignent aucune règle spécifique de *common law* ou de droit écrit en poursuivant un objet illicite ou en cherchant à atteindre un objet licite par des moyens illicites (voir *Halsbury's Laws of England* (3rd ed. 1954), vol. 7, aux pp. 195 et 196, et O. Hood Phillips et Paul Jackson, *Constitutional and Administrative Law* (6th ed. 1978), à la p. 503). On observera aussi que la liberté d'association était reconnue et appliquée dans le domaine syndical. Le droit canadien et celui de chaque province reconnaissent depuis longtemps le droit à l'existence et l'existence même des syndicats en tant qu'associations licites ayant des droits et des obligations fixés par la loi, et que les individus ont le droit d'y adhérer et de participer aux activités syndicales (voir *Collective Bargaining Law in Canada* (2nd ed. 1986), A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer et W. B. Rayner, aux pp. 1 à 108).

La liberté d'association a été reconnue et acceptée comme faisant partie intégrante de notre tissu social et juridique. Dès son adoption, la *Charte* a garanti, à l'al. 2d), la liberté d'association en tant que droit indépendant. Je ne cherche pas à restreindre l'effet de cette garantie au droit en vigueur avant cette adoption. Je prétends toutefois que la garantie accordée par la *Charte*, qui en soi ne définit nullement la liberté d'association, doit

tional text and to the nature, history, traditions, and social philosophies of our society. This approach makes relevant consideration of the pre-*Charter* situation and the nature and scope of the rights and obligations the law had ascribed to associations, in this case trade unions, before the adoption of the *Charter*.

Turning to the various approaches which have been briefly described above, I would conclude that both the fifth approach (which postulates that freedom of association constitutionally protects all activities which are essential to the lawful goals of an association) and the sixth (which postulates that freedom of association constitutionally protects all activities carried out in association, subject only to reasonable limitation under s. 1 of the *Charter*) are unacceptable definitions of freedom of association.

The fifth approach rejects the individual nature of freedom of association. To accept it would be to accord an independent constitutional status to the aims, purposes, and activities of the association, and thereby confer greater constitutional rights upon members of the association than upon non-members. It would extend *Charter* protection to all the activities of an association which are essential to its lawful objects or goals, but, it would not extend an equivalent right to individuals. The *Charter* does not give, nor was it ever intended to give, constitutional protection to all the acts of an individual which are essential to his or her personal goals or objectives. If *Charter* protection is given to an association for its lawful acts and objects, then the *Charter*-protected rights of the association would exceed those of the individual merely by virtue of the fact of association. The unacceptability of such an approach is clearly demonstrated by Peter Gall in "Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword" in *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), at p. 247:

être interprétée en fonction du texte constitutionnel ainsi que de la nature, de l'histoire, des traditions et des philosophies sociales de notre société. Ce point de vue fait qu'il devient pertinent d'examiner la situation antérieure à la *Charte*, ainsi que la nature et la portée des droits et obligations que la loi attribuait aux associations, en l'espèce aux syndicats, avant l'adoption de la *Charte*.

b Pour en venir aux diverses conceptions brièvement décrites précédemment, je conclus que la cinquième (qui postule que la liberté d'association accorde une protection constitutionnelle à toutes les activités essentielles à la réalisation des objectifs licites d'une association) et la sixième (qui postule que la liberté d'association accorde une protection constitutionnelle à toutes les activités exercées collectivement, sous réserve uniquement d'une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*) constituent toutes les deux des définitions inacceptables de la liberté d'association.

e La cinquième conception rejette la nature individuelle de la liberté d'association. L'accepter reviendrait à attribuer un statut constitutionnel indépendant aux fins, objectifs et activités de l'association et, par conséquent, conférer des droits constitutionnels plus grands aux membres de l'association qu'à ceux qui n'en sont pas membres. Ce serait étendre la protection de la *Charte* à toutes les activités d'une association essentielles à la réalisation de ses objectifs ou buts licites, mais cela ne conférerait pas un droit équivalent aux individus. La *Charte* ne confère pas, ni n'a été conçue pour conférer, une protection constitutionnelle à tous les actes de l'individu qui lui sont essentiels pour atteindre ses buts ou objectifs personnels. Si la protection de la *Charte* est conférée pour les actes et objectifs licites d'une association, alors les droits de l'association protégés par la *Charte* excéderont ceux de l'individu du simple fait de l'association. *i* Peter Gall a clairement démontré le caractère inacceptable d'une telle conception, dans son article intitulé «Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword» que l'on trouve dans *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), à la p. 247:

A brief example illustrates this point. One of our levels of government may decide to ban the ownership of guns. This would not infringe any individual right under the Charter. But if some individuals have combined to form a gun club, does the Charter's protection of freedom of association mean that the principal activity of the gun club, namely the ownership and use of guns, is now constitutionally protected? One is quickly forced to the conclusion that it does not. The Charter does not protect the right to bear arms, regardless of whether that activity is carried out by an individual or by an association. The mere fact that it is the principal activity of the gun club does not give it a constitutional status. I doubt whether there would be much, if any, disagreement on this point. Thus, by referring to this hypothetical situation we see that the principal activities of associations are not necessarily protected under the concept of freedom of association.

The sixth approach, in my opinion, must be rejected as well, for the reasons expressed in respect of the fifth. It would in even more sweeping terms elevate activities to constitutional status merely because they were performed in association. For obvious reasons, the *Charter* does not give constitutional protection to all activities performed by individuals. There is, for instance, no *Charter* protection for the ownership of property, for general commercial activity, or for a host of other lawful activities. And yet, if the sixth approach were adopted, these same activities would receive protection if they were performed by a group rather than by an individual. In my view, such a proposition cannot be accepted. There is simply no justification for according *Charter* protection to an activity merely because it is performed by more than one person. This was recognized by Paul Cavalluzzo, *supra*, at pp. 202-03:

The problem with this [the sixth] approach is that it sanctifies conduct because it is engaged in by more than one citizen. Although the state is given the opportunity to justify interference under section 1, why should there be constitutional value in numbers? Surely, more is required to reach the threshold of attaining constitutional protection. Freedom of association is not a fundamental freedom because there is some inherent value in group activity. Not all individual expressions are protected by freedom of expression at the threshold stage.

[TRADUCTION] Un bref exemple illustre ce point. L'un de nos ordres de gouvernement peut décider d'interdire la possession d'armes à feu. Cela ne porterait atteinte à aucun droit individuel conféré par la Charte. Mais si certains individus se sont unis pour former un club de tir, la liberté d'association garantie par la Charte signifie-t-elle que l'activité principale du club de tir, savoir la propriété et l'utilisation d'armes à feu, est maintenant protégée par la Constitution? On est rapidement forcé de conclure que non. La Charte ne garantit aucun droit de port d'arme ni à l'individu ni à une association. Le simple fait que ce soit là l'activité principale du club de tir ne lui confère pas un statut constitutionnel. Je doute qu'il puisse y avoir un grand désaccord, si désaccord il peut y avoir, sur ce point. Ainsi, en nous référant à cette situation hypothétique, nous constatons que les principales activités des associations ne sont pas nécessairement protégées en vertu du concept de la liberté d'association.

La sixième conception, à mon avis, doit tout autant être rejetée pour les raisons déjà données dans le cas de la cinquième. Elle conférerait, en termes encore plus généraux, un statut constitutionnel à certaines activités, simplement parce qu'elles sont exercées collectivement. Pour des raisons évidentes, la *Charte* ne confère pas de protection constitutionnelle à toutes les activités exercées par des individus. Par exemple, aucune protection n'est conférée par la *Charte* au droit de propriété, aux activités commerciales en général ni à une foule d'autres activités licites. Et pourtant, si l'on devait adopter la sixième conception, ces mêmes activités bénéficieraient d'une protection quand elles seraient exercées par un groupe plutôt que par un individu. À mon avis, cela ne saurait être accepté. Il n'y a tout simplement rien qui justifie d'accorder la protection de la *Charte* à une activité simplement parce qu'elle est exercée par plus d'une personne. C'est ce qu'a reconnu Paul Cavalluzzo, précité, aux pp. 202 et 203:

[TRADUCTION] Le problème que présente cette thèse [la sixième], c'est qu'elle consacre un comportement parce qu'il est le fait de plus d'un citoyen. Bien que l'État se voie accorder la possibilité de justifier son intervention en vertu de l'article premier, pourquoi le nombre devrait-il acquérir une importance sur le plan constitutionnel? Sûrement, il faut davantage pour atteindre le seuil de la protection constitutionnelle. La liberté d'association n'est pas une liberté fondamentale en raison d'une quelconque valeur inhérente de l'activité

Likewise, not all associational conduct is protected by freedom of association.

I am also of the view that the fourth approach, which postulates that freedom of association embraces those collective activities which have attained a fundamental status in our society because they are deeply rooted in our culture, traditions, and history, is an unacceptable definition. By focusing on the activity or the conduct itself, this fourth approach ignores the fundamental purpose of the right. The purpose of freedom of association is to ensure that various goals may be pursued in common as well as individually. Freedom of association is not concerned with the particular activities or goals themselves; it is concerned with how activities or goals may be pursued. While activities such as establishing a home, pursuing an education, or gaining a livelihood are important if not fundamental activities, their importance is not a consequence of their potential collective nature. Their importance flows from the structure and organization of our society and they are as important when pursued individually as they are when pursued collectively. Even institutions such as marriage and the family, which by their nature are collective, do not fall easily or completely under the rubric of freedom of association. For instance, freedom of association would have no bearing on the legal consequences of marriage, such as the control or ownership of matrimonial property. This is not to say that fundamental institutions, such as marriage, will never receive the protection of the *Charter*. The institution of marriage, for example, might well be protected by freedom of association in combination with other rights and freedoms. Freedom of association alone, however, is not concerned with conduct; its purpose is to guarantee that activities and goals may be pursued in common. When this purpose is considered, it is clear that s. 2(d) of the *Charter* cannot be interpreted as guaranteeing specific acts or goals, whether or not they are fundamental in our society.

collective. Ce ne sont pas toutes les formes d'expression individuelle qui sont protégées au départ par la liberté d'expression. De même la liberté d'association ne protège pas tous les comportements collectifs.

^a

Je suis aussi d'avis que la quatrième conception, qui postule que la liberté d'association vise les activités qui ont atteint un statut fondamental dans notre société en raison de leur enracinement profond dans notre culture, dans nos traditions et dans notre histoire, constitue une définition inacceptable. En se concentrant sur l'activité ou la conduite elle-même, cette quatrième conception ne tient pas compte de l'objet fondamental de ce droit. La liberté d'association a pour objet d'assurer que diverses fins puissent être poursuivies en commun aussi bien qu'individuellement. La liberté d'association n'a rien à voir avec les activités ou fins elles-mêmes; elle concerne la manière dont ces activités ou ces fins peuvent être poursuivies. Si certaines activités, comme fonder un foyer, s'instruire ou gagner sa vie, sont importantes, voire même fondamentales, leur importance ne découle pas toutefois de leur nature collective potentielle. Leur importance résulte de la structure et de l'organisation de notre société et elles sont aussi importantes lorsqu'elles sont exercées individuellement que lorsqu'elles le sont collectivement. Même certaines institutions comme le mariage et la famille, qui de par leur nature sont collectives, ne tombent pas facilement ou entièrement sous la rubrique liberté d'association. Par exemple, la liberté d'association ne saurait avoir de portée sur les conséquences juridiques du mariage, comme le contrôle ou la propriété des biens matrimoniaux. Cela ne veut pas dire que des institutions fondamentales, comme le mariage, ne bénéficieront jamais de la protection de la *Charte*. L'institution du mariage, par exemple, pourrait fort bien être protégée par la combinaison de la liberté d'association et d'autres droits et libertés. La liberté d'association seule, toutefois, n'a rien à voir avec le comportement; son objet est de garantir que certaines activités et certains buts puissent être poursuivis collectivement. Lorsqu'on envisage cet objet, il devient clair que l'al. 2d) de la *Charte* ne saurait être interprété de manière à protéger certains actes ou buts spécifiques, qu'ils soient ou non fondamentaux dans notre société.

^b

^c

^d

^e

^f

^g

^h

ⁱ

^j

Of the remaining approaches, it must surely be accepted that the concept of freedom of association includes at least the right to join with others in lawful, common pursuits and to establish and maintain organizations and associations as set out in the first approach. This is essentially the freedom of association enjoyed prior to the adoption of the *Charter*. It is, I believe, equally clear that, in accordance with the second approach, freedom of association should guarantee the collective exercise of constitutional rights. Individual rights protected by the Constitution do not lose that protection when exercised in common with others. People must be free to engage collectively in those activities which are constitutionally protected for each individual. This second definition of freedom of association embraces the purposes and values of the freedoms which were identified earlier. For instance, the indispensable role played by freedom of association in the democratic process is fully protected by guaranteeing the collective exercise of freedom of expression. Group advocacy, which is at the heart of all political parties and special interest groups, would be protected under this definition. As well, group expression directed at educating or informing the public would be protected from government interference (see the judgment of this Court in *Dolphin Delivery, supra*). Indeed, virtually every group activity which is important to the functioning of democracy would be protected by guaranteeing that freedom of expression can be exercised in association with others. Furthermore, religious groups would receive protection if their activities constituted the collective exercise of freedom of religion. Thus, the principal purposes or values of freedom of association would be realized by interpreting s. 2(d) as protecting the collective exercise of the rights enumerated in the *Charter*.

One enters upon more controversial ground when considering the third approach which provides that whatever action an individual can lawfully pursue as an individual, freedom of association ensures he can pursue with others. Conversely, individuals and organizations have no constitutional right to do in concert what is unlawful when

Quant aux conceptions qui restent, on doit certainement accepter que la notion de la liberté d'association inclut à tout le moins le droit de se joindre à d'autres pour poursuivre des objectifs communs licites et pour constituer et maintenir des organisations et des associations comme le mentionne la première conception. Il s'agit là essentiellement de la liberté d'association dont on jouissait avant l'adoption de la *Charte*. À mon avis, il est également clair que, conformément à la seconde conception, la liberté d'association doit garantir l'exercice collectif de droits constitutionnels. Les droits individuels garantis par la Constitution ne sauraient perdre cette protection lorsqu'ils sont exercés collectivement. On doit pouvoir être libre d'exercer collectivement les activités dont la Constitution garantit l'exercice à chaque individu. Cette seconde définition de la liberté d'association s'étend aux fins et aux valeurs des libertés identifiées plus haut. Par exemple, le rôle indispensable que joue la liberté d'association en démocratie se trouve parfaitement protégé lorsqu'on garantit l'exercice collectif de la liberté d'expression. La revendication collective, qui est au cœur de tous les partis politiques et de tous les groupes d'intérêts particuliers, serait protégée en vertu de cette définition. De même, l'expression collective qui vise à éduquer ou à informer le public serait protégée contre toute intervention gouvernementale (voir l'arrêt de cette Cour *Dolphin Delivery, précité*). En fait, presque toutes les activités collectives qui ont de l'importance pour le fonctionnement de la démocratie seraient protégées en garantissant que la liberté d'expression peut être exercée collectivement. En outre, les groupes religieux seraient protégés si leurs activités constituaient un exercice collectif de la liberté de religion. Ainsi les principaux objets ou valeurs de la liberté d'association seraient réalisés en interprétant l'al. 2d) comme protégeant l'exercice collectif des droits qu'énumère la *Charte*.

On s'engage sur un terrain plus glissant lorsqu'on en vient à la troisième conception qui prévoit que toute action qu'un individu peut licitement accomplir à titre d'individu, la liberté d'association lui permet de l'accomplir avec d'autres. À l'inverse, les individus et les organisations ne jouissent d'aucun droit constitutionnel de faire collective-

done alone. This approach is broader than the second, since constitutional protection attaches to all group acts which can be lawfully performed by an individual, whether or not the individual has a constitutional right to perform them. It is true, of course, that in this approach the range of *Charter*-protected activity could be reduced by legislation, because the Legislature has the power to declare what is and what is not lawful activity for the individual. The Legislature, however, would not be able to attack directly the associational character of the activity, since it would be constitutionally bound to treat groups and individuals alike. A simple example illustrates this point: golf is a lawful but not constitutionally protected activity. Under the third approach, the Legislature could prohibit golf entirely. However, the Legislature could not constitutionally provide that golf could be played in pairs but in no greater number, for this would infringe the *Charter* guarantee of freedom of association. This contrasts with the second approach, which would provide no protection against such legislation, because golf is not a constitutionally protected activity for the individual. Thus, the range of group activity protected by the third approach is greater than that of the second, but the greater range is to some extent illusory because of the power of the Legislature to say what is and what is not lawful activity for the individual. This approach, in my view, is an acceptable interpretation of freedom of association under the *Charter*. It is clear that, unlike the fifth and sixth approaches, this definition of freedom of association does not provide greater constitutional rights for groups than for individuals; it simply ensures that they are treated alike. If the state chooses to prohibit everyone from engaging in an activity and that activity is not protected under the Constitution, freedom of association will not afford any protection to groups engaging in the activity. Freedom of association as an independent right comes into play under this formulation when the state has permitted an individual to engage in an activity and yet forbidden the group from doing so. Moreover, unlike the fourth approach, the inquiry is firmly focussed on the fundamental purpose of freedom of association, namely, to permit the collective pursuit of common goals. As noted by the

ment ce qui est illicite de faire seul. Cette conception est plus large que la seconde, puisque la protection constitutionnelle s'attache à tous les actes collectifs qu'un individu peut licitement accomplir, que l'individu jouisse ou non d'un droit constitutionnel de les accomplir. Il est vrai bien sûr que, selon cette conception, le champ des activités protégées par la *Charte* pourrait être réduit par voie de législation, puisque le législateur a le pouvoir de déclarer ce qui est et ce qui n'est pas une activité licite pour l'individu. Toutefois, le législateur ne pourrait s'attaquer directement à l'aspect collectif de l'activité, puisqu'il serait constitutionnellement obligé de traiter également groupes et individus. Un exemple simple illustre ce point: le golf est une activité licite qui ne fait l'objet d'aucune garantie constitutionnelle. Selon la troisième conception, le législateur pourrait interdire totalement de jouer au golf. Cependant, le législateur ne pourrait pas, de manière constitutionnelle, prévoir que le golf ne pourra être joué par groupes de plus de deux joueurs, car cela enfreindrait la liberté d'association garantie par la *Charte*. Voilà qui contraste avec la seconde thèse, qui n'offrirait aucune protection contre une loi de ce genre puisque le golf n'est pas une activité de l'individu protégée par la Constitution. Ainsi le champ des activités collectives que protège la troisième conception est plus étendu que celui de la seconde, mais cela est, dans une certaine mesure, illusoire puisque le législateur a le pouvoir de déterminer ce qui constitue et ce qui ne constitue pas une activité licite pour l'individu. Ce point de vue, à mon avis, constitue une interprétation acceptable de la liberté d'association prévue par la *Charte*. Il est clair que, contrairement aux cinquième et sixième conceptions, cette définition de la liberté d'association ne confère pas de droits constitutionnels plus grands aux groupes qu'aux individus; elle ne fait qu'assurer qu'ils sont traités également. Si l'État choisit d'interdire à tous d'exercer une activité quelconque et que cette activité n'est pas protégée par la Constitution, la liberté d'association n'accordera aucune protection aux groupes qui exercent cette activité. La liberté d'association en tant que droit indépendant entre en jeu, en vertu de cette formulation, lorsque l'État a autorisé un individu à exercer cette activité tout en interdisant

Chief Justice, at p. 367, "if a legislature permits an individual to enjoy an activity which it forecloses to a collectivity, it may properly be inferred that the legislature intended to prohibit the collective activity because of its collective or associational aspect. Conversely, one may infer from a legislative proscription which applies equally to individuals and groups that the purpose of the legislation was a *bona fide* prohibition of a particular activity because of detrimental qualities inhering in the activity (e.g., criminal conduct), and not merely because of the fact that the activity might sometimes be done in association." Finally, this approach fully realizes the value or purpose of association. Activities which the state permits an individual to pursue may be pursued in a group. Associations engaged in scientific, educational, recreational, and charitable pursuits would receive protection even though these activities or pursuits may not be independently protected by the *Charter*, provided these activities are not forbidden at law to individuals. The objective of guaranteeing the freedom of individuals to unite in organizations of their choice for the pursuit of objects of their choice would be achieved.

It follows from this discussion that I interpret freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* to mean that *Charter* protection will attach to the exercise in association of such rights as have *Charter* protection when exercised by the individual. Furthermore, freedom of association means the freedom to associate for the purposes of activities which are lawful when performed alone. But, since the fact of association will not by itself confer additional rights on individuals, the association does not acquire a constitutionally guaranteed freedom to do what is unlawful for the individual.

When this definition of freedom of association is applied, it is clear that it does not guarantee the right to strike. Since the right to strike is not independently protected under the *Charter*, it can

au groupe de le faire. De plus, contrairement à la quatrième conception, on s'intéresse ici d'abord et avant tout à l'objet fondamental de la liberté d'association, qui est de permettre la poursuite collective d'objectifs communs. Comme le souligne le Juge en chef, à la p. 367: «si un organe législatif autorise un individu à exercer une activité qu'il interdit à la collectivité, on peut à bon droit en déduire que l'organe législatif a voulu interdire l'activité collective en raison de son aspect collectif. À l'inverse, on peut déduire d'une interdiction législative qui s'applique également aux individus et aux groupes que l'objet de la loi constitue une interdiction de bonne foi d'une activité particulière en raison de ses aspects nuisibles intrinsèques (par exemple, le comportement criminel), et non simplement parce qu'il peut arriver que l'activité soit exercée collectivement.» Enfin, cette conception donne tout son sens à la valeur ou à l'objet de l'association. Les activités que l'État permet à un individu d'exercer peuvent être exercées collectivement. Les associations qui poursuivent des objectifs scientifiques, éducatifs, récréatifs et charitables bénéficieraient d'une protection, même s'il se peut que ces activités ne reçoivent de la *Charte* aucune garantie indépendante, pourvu que la loi n'interdise pas aux individus de les exercer. Ainsi serait atteint l'objectif de garantir aux individus la liberté de s'unir, dans des organisations de leur choix, pour la poursuite des objectifs de leur choix.

Il découle de cette analyse que j'interprète la liberté d'association de l'al. 2d) de la *Charte* comme une protection que cette dernière accorde à l'exercice collectif des droits qu'elle protège lorsqu'ils sont exercés par un seul individu. De plus, la liberté d'association s'entend de la liberté de s'associer afin d'exercer des activités qui sont licites lorsqu'elles sont exercées par un seul individu. Mais comme le fait d'être associés ne confère en soi aucun droit supplémentaire aux individus, l'association n'acquiert aucune liberté, garantie par la Constitution, de faire ce qui est illicite pour l'individu de faire.

Lorsqu'on applique cette définition de la liberté d'association, il devient manifeste qu'elle ne garantit pas le droit de faire la grève. Comme le droit de grève ne jouit d'aucune garantie indépendante en

receive protection under freedom of association only if it is an activity which is permitted by law to an individual. Accepting this conclusion, the appellants argue that freedom of association must guarantee the right to strike because individuals may lawfully refuse to work. This position, however, is untenable for two reasons. First, it is not correct to say that it is lawful for an individual employee to cease work during the currency of his contract of employment. Belzil J.A., in the Alberta Court of Appeal, in the case at bar, dealt with this point in these words:

The argument falters on the premise that cessation of work by one person is lawful. The rationale advanced for that premise is that the courts will not compel a servant to fulfil his contract of service, therefore cessation of work by a servant is lawful. While it is true that the courts will not compel a servant to fulfil his contract of service, the servant is nevertheless bound in law by his contract and may be ordered to pay damages for the unlawful breach of it. It cannot be said that his cessation of work is lawful.

The second reason is simply that there is no analogy whatever between the cessation of work by a single employee and a strike conducted in accordance with modern labour legislation. The individual has, by reason of the cessation of work, either breached or terminated his contract of employment. It is true that the law will not compel the specific performance of the contract by ordering him back to work as this would reduce "the employee to a state tantamount to slavery" (I. Christie, *Employment Law in Canada* (1980), p. 268). But, this is markedly different from a lawful strike. An employee who ceases work does not contemplate a return to work, while employees on strike always contemplate a return to work. In recognition of this fact, the law does not regard a strike as either a breach of contract or a termination of employment. Every province and the federal Parliament has enacted legislation which preserves the employer-employee relationship during a strike (see *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, as amended, s. 107(2); *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980 (Supp.), c. L-1.1, as amended, s. 1(2); *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, as

vertu de la *Charte*, la liberté d'association ne le protège que s'il s'agit d'une activité que la loi permet à l'individu d'exercer. Les appelants acceptent cette conclusion, mais ils soutiennent que la liberté d'association doit garantir le droit de grève puisque l'individu peut licitement refuser de travailler. Ce point de vue est toutefois insoutenable pour deux raisons. D'abord, il n'est pas exact d'affirmer qu'il est licite pour un employé de cesser de travailler pendant la durée de son contrat de travail. En l'espèce, le juge Belzil de la Cour d'appel de l'Alberta a traité ce point dans les termes suivants:

[TRADUCTION] L'argument repose de façon précaire sur la prémisse qu'un arrêt de travail de la part d'un individu est licite. Le raisonnement avancé à l'appui de cette prémisse est que les tribunaux n'obligeront pas l'employé à exécuter son contrat de travail et que, par conséquent, l'arrêt de travail d'un employé est licite. S'il est vrai que les tribunaux n'obligeront pas l'employé à exécuter son contrat de travail, ce contrat lie néanmoins l'employé aux yeux du droit et celui-ci peut être condamné à verser des dommages-intérêts pour l'avoir illicitement rompu. On ne peut pas dire que son arrêt de travail est licite.

La seconde raison est simplement qu'il n'y a aucune analogie entre un arrêt de travail par un seul employé et une grève faite conformément à la législation moderne en matière de travail. L'individu a, par son arrêt de travail, rompu son contrat de travail ou y a mis fin. Il est vrai que la loi ne forcera pas l'exécution en nature du contrat en lui ordonnant de retourner au travail, car cela abaisserait [TRADUCTION] «l'employé à un état équivalent à l'esclavage» (I. Christie, *Employment Law in Canada* (1980), à la p. 268). Mais, il y a là une différence marquée par rapport à une grève licite. L'employé qui cesse de travailler n'envisage pas un retour au travail, alors que les grévistes envisagent toujours un retour au travail. Reconnaisant ce fait, la loi ne considère pas la grève comme une rupture de contrat ni comme une cessation d'emploi. Chaque province et le Parlement fédéral ont adopté une mesure législative qui préserve le rapport employeur-employé au cours d'une grève (voir *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1 et ses modifications, par. 107(2); *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980 (Supp.), chap. L-1.1 et ses modifications, par. 1(2); *Labour Code*, R.S.B.C.

amended, s. 1(2); *The Labour Relations Act*, S.M. 1972, c. 75, as amended, s. 2(1); *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, as amended, s. 1(2); *The Labour Relations Act, 1977*, S.N. 1977, c. 64, as amended, s. 2(2); *The Trade Union Act*, S.N.S. 1972, c. 19, as amended, s. 13; *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, as amended, s. 1(2); *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. L-1, as amended, s. 8(2); *Labour Code*, R.S.Q. 1977, c. C-27, as amended, s. 110; and *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, as amended s. 2(f); and see *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609). Moreover, many statutes provide employees with reinstatement rights following a strike (Ontario, *Labour Relations Act*, s. 73; Québec, *Labour Code*, s. 110.1; Manitoba, *The Labour Relations Act*, s. 11; and see *Canadian Air Line Pilots' Ass'n and Eastern Provincial Airways Ltd.* (1983), 5 CLRBR (NS) 368) and in the province of Québec the employer is expressly prohibited from replacing employees who are lawfully on strike (s. 109.1).

Modern labour relations legislation has so radically altered the legal relationship between employees and employers in unionized industries that no analogy may be drawn between the lawful actions of individual employees in ceasing to work and the lawful actions of union members in engaging in a strike. As Laskin C.J. stated in *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718, at p. 725:

The reality is, and has been for many years now throughout Canada, that individual relationships as between employer and employee have meaning only at the hiring stage and even then there are qualifications which arise by reason of union security clauses in collective agreements. The common law as it applies to individual employment contracts is no longer relevant to employer-employee relations governed by a collective agreement which, as the one involved here, deals with discharge, termination of employment, severance pay and a host of other matters that have been negotiated between union and company as the principal parties thereto.

1979, c'ap. 212 et ses modifications, par. 1(2); *The Labour Relations Act*, S.M. 1972, chap. 75 et ses modifications, par. 2(1); *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, chap. I-4 et ses modifications, par. 1(2); *The Labour Relations Act, 1977*, S.N. 1977, chap. 64 et ses modifications, par. 2(2); *The Trade Union Act*, S.N.S. 1972, chap. 19 et ses modifications, art. 13; *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, chap. 228 et ses modifications, par. 1(2); *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. L-1 et ses modifications, par. 8(2); *Code du travail*, L.R.Q. 1977, chap. C-27 et ses modifications, art. 110; et *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, chap. T-17 et ses modifications, al. 2f); voir aussi *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] R.C.S. 609). En outre, de nombreuses lois accordent aux employés le droit à la réintégration à la suite d'une grève (Ontario, *Loi sur les relations de travail*, art. 73; Québec, *Code du travail*, art. 110.1; Manitoba, *The Labour Relations Act*, art. 11; voir aussi *Canadian Air Line Pilots' Ass'n and Eastern Provincial Airways Ltd.* (1983), 5 CLRBR (NS) 368) et, dans la province de Québec, il est expressément interdit à l'employeur de remplacer ses employés licitement en grève (art. 109.1).

La législation moderne en matière de relations de travail a modifié d'une manière à ce point radicale les relations juridiques entre employés et employeurs dans les industries syndiquées qu'aucune analogie n'est possible entre les actes licites d'un employé, pris individuellement, qui cesse de travailler et les actes licites de syndiqués qui font la grève. Comme le juge en chef Laskin l'affirme dans l'arrêt *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718, à la p. 725:

Dans tout le Canada, et ce depuis plusieurs années, les relations individuelles entre employeur et employé n'ont d'importance qu'à l'étape de l'embauchage et même là, elles sont subordonnées aux clauses de sécurité syndicale des conventions collectives. Le droit commun applicable aux contrats individuels de travail ne vaut plus quand les relations employeur-employé sont régies par une convention collective qui traite, comme celle présentement en cause, de licenciement, de cessation d'emploi, d'indemnité de cessation d'emploi et d'une foule d'autres choses qui ont été négociées entre le syndicat et la compagnie en tant que parties principales à la convention.

It is apparent, in my view, that interpreting freedom of association to mean that every individual is free to do with others that which he is lawfully entitled to do alone would not entail guaranteeing the right to strike. I am supported in this conclusion by the Chief Justice, who states at p. 367 in his judgment, "There is no individual equivalent to a strike. The refusal to work by one individual does not parallel a collective refusal to work. The latter is qualitatively rather than quantitatively different." Restrictions on strikes are not aimed at and do not interfere with the collective or associational character of trade unions. It is therefore my conclusion that the concept of freedom of association does not extend to the constitutional guarantee of a right to strike. This conclusion is entirely consistent with the general approach of the *Charter* which accords rights and freedoms to the individual but, with a few exceptions noted earlier, does not confer group rights. It is also to be observed that the *Charter*, with the possible exception of s. 6(2)(b) (right to earn a livelihood in any province) and s. 6(4), does not concern itself with economic rights. Since trade unions are not one of the groups specifically mentioned by the *Charter*, and are overwhelmingly, though not exclusively, concerned with the economic interests of their members, it would run counter to the overall structure and approach of the *Charter* to accord by implication special constitutional rights to trade unions.

Labour relations and the development of the body of law which has grown up around that subject have been for many years one of the major preoccupations of legislators, economic and social writers, and the general public. Strikes are commonplace in Canada and have been for many years. The framers of the Constitution must be presumed to have been aware of these facts. Indeed, questions of collective bargaining and a right to strike were discussed in the *Minutes of Proceedings and Evidence* of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada (Issue No. 43, pp. 68-79, January 22, 1981). It is apparent from the deliberations of the Committee that the right to strike was understood to be separate

Il est à mon sens évident que l'interprétation de la liberté d'association comme signifiant que tout individu est libre de faire avec d'autres ce qu'il est licitement en droit de faire seul ne comporte pas la garantie du droit de faire la grève. Le Juge en chef me renforce dans cette conclusion quand il affirme, à la p. 367 de ses motifs: «Il n'y a pas d'équivalent individuel à une grève. Le refus de travailler par un individu ne correspond nullement à un refus collectif de travailler. Ce dernier est différent au point de vue qualitatif plutôt que quantitatif.» Les restrictions apportées aux grèves ne visent pas et n'affectent pas la nature collective ou associative des syndicats. Je conclus donc que la notion de liberté d'association ne comprend aucune garantie constitutionnelle du droit de grève. Cette conclusion est parfaitement compatible avec l'esprit général de la *Charte* qui confère des droits et des libertés aux individus mais qui, sous réserve de quelques exceptions déjà mentionnées, ne confère pas de droits collectifs. On constatera aussi que la *Charte*, sauf peut-être l'al. 6(2)b) (le droit de gagner sa vie dans toute province) et le par. 6(4), ne s'intéresse pas aux droits économiques. Étant donné que les syndicats ne constituent pas l'un des groupes mentionnés expressément dans la *Charte* et qu'ils se préoccupent d'abord et avant tout, quoique non exclusivement, des intérêts économiques de leurs membres, ce serait aller à l'encontre de la structure et de l'esprit d'ensemble de la *Charte* que d'attribuer implicitement des droits constitutionnels spéciaux aux syndicats.

Les relations de travail et cette branche du droit qui s'est développée sur ce sujet constituent, depuis plusieurs années, la préoccupation majeure du législateur, des économistes, des sociologues et du public en général. Les grèves sont fréquentes au Canada, et ce, depuis plusieurs années. Il faut présumer que les rédacteurs de la Constitution étaient au fait de cet état de choses. D'ailleurs, les questions de la négociation collective et du droit de grève ont été débattues dans les *Procès-verbaux et témoignages* du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada (fascicule n° 43, aux pp. 68 à 79, le 22 janvier 1981). Il ressort des délibérations du Comité que le droit de grève était considéré comme séparé et distinct du droit de négocier

and distinct from the right to bargain collectively. And, while a resolution was proposed for the inclusion of a specific right to bargain collectively, no resolution was proposed for the inclusion of the right to strike. This affords strong support for the proposition that the inclusion of a right to strike was not intended.

Specific reference to the right to strike appears in the constitutions of France (in the preamble of the Constitution of the Vth Republic of 1958) and Italy (Article 40). Further, in Japan (Article 28) the rights of trade unions are specifically guaranteed. The framers of the Constitution must be presumed to have been aware of these constitutional provisions. The omission of similar provisions in the *Charter*, taken with the fact that the overwhelming preoccupation of the *Charter* is with individual, political, and democratic rights with conspicuous inattention to economic and property rights, speaks strongly against any implication of a right to strike. Accordingly, if s. 2(d) is read in the context of the whole *Charter*, it cannot, in my opinion, support an interpretation of freedom of association which could include a right to strike.

Furthermore, it must be recognized that the right to strike accorded by legislation throughout Canada is of relatively recent vintage. It is truly the product of this century and, in its modern form, is in reality the product of the latter half of this century. It cannot be said that it has become so much a part of our social and historical traditions that it has acquired the status of an immutable, fundamental right, firmly embedded in our traditions, our political and social philosophy. There is then no basis, as suggested in the fourth approach to freedom of association, for implying a constitutional right to strike. It may well be said that labour relations have become a matter of fundamental importance in our society, but every incident of that general topic has not. The right to strike as an element of labour relations has always been the subject of legislative control. It has been abrogated from time to time in special circumstances and is the subject of legal regulation and control in all Canadian jurisdictions. In my view, it cannot be said that at this time it has achieved

collectivement. Et, bien que l'on ait proposé par voie de résolution l'inclusion d'un droit spécifique de négocier collectivement, aucune résolution n'a été soumise en vue d'inclure le droit de grève. Ce sont là de bonnes raisons de penser qu'on n'a pas voulu inclure le droit de grève.

Une mention expresse du droit de grève est faite dans les constitutions française (dans le préambule de la Constitution de 1958 de la V^e République) et italienne (Article 40). De plus, au Japon (Article 28), les droits des syndicats sont expressément garantis. Il faut présumer que les rédacteurs de la Constitution connaissaient l'existence de ces dispositions constitutionnelles. L'absence de dispositions analogues dans la *Charte*, en plus du fait que la *Charte* se préoccupe d'abord et avant tout des droits individuels, politiques et démocratiques et qu'elle se désintéresse manifestement des droits économiques et des droits de propriété, joue fortement contre tout droit de grève implicite. Par conséquent, si l'al. 2d) est interprété en fonction de l'ensemble de la *Charte*, il ne saurait, à mon avis, justifier une interprétation de la liberté d'association qui pourrait inclure le droit de grève.

De plus, il faut reconnaître que le droit de grève conféré par la loi partout au Canada est une chose relativement récente. C'est vraiment le produit de ce siècle et, sous sa forme contemporaine, il est en réalité le produit de la seconde moitié de ce siècle. On ne peut dire qu'il soit devenu à ce point partie intégrante de nos traditions sociales et historiques au point d'acquérir le statut d'un droit immuable et fondamental, fermement enraciné dans nos traditions et dans notre philosophie politique et sociale. Il n'existe donc aucun motif, comme on le propose dans la quatrième conception de la liberté d'association, de présumer l'existence d'un droit de grève constitutionnel. On peut bien dire que les relations de travail ont acquis une importance fondamentale dans notre société, mais ce n'est pas le cas de chaque élément qui se rattache à ce sujet général. Le droit de grève, considéré comme un élément des relations de travail, a toujours fait l'objet d'un contrôle législatif. Il a parfois été abrogé, dans des circonstances spéciales, et il fait l'objet d'une réglementation et d'un contrôle juri-

status as a fundamental right which should be implied in the absence of specific reference in the *Charter*.

While I have reached a conclusion and expressed the view that the *Charter* upon its face cannot support an implication of a right to strike, there is as well, in my view, a sound reason grounded in social policy against any such implication. Labour law, as we have seen, is a fundamentally important as well as an extremely sensitive subject. It is based upon a political and economic compromise between organized labour—a very powerful socio-economic force—on the one hand, and the employers of labour—an equally powerful socio-economic force—on the other. The balance between the two forces is delicate and the public-at-large depends for its security and welfare upon the maintenance of that balance. One group concedes certain interests in exchange for concessions from the other. There is clearly no correct balance which may be struck giving permanent satisfaction to the two groups, as well as securing the public interest. The whole process is inherently dynamic and unstable. Care must be taken then in considering whether constitutional protection should be given to one aspect of this dynamic and evolving process while leaving the others subject to the social pressures of the day. Great changes—economic, social, and industrial—are afoot, not only in Canada and in North America, but as well in other parts of the world. Changes in the Canadian national economy, the decline in resource-based as well as heavy industries, the changing patterns of international trade and industry, have resulted in great pressure to reassess the traditional approaches to economic and industrial questions, including questions of labour law and policy. In such countries as Sweden (Prof. Dr. Axel Adlercreutz, *Sweden*, in *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations* (1985), vol. 9, ed.-in-chief Prof. Dr. R. Blanpain) and West Germany (Prof. Dr. Th. Ramm, *Federal Republic of Germany* in *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations* (1979), vol. 5) different directions in labour relations have been taken. It has been said that these

diques dans tous les ressorts canadiens. À mon avis, on ne peut dire actuellement qu'il a atteint le statut d'un droit fondamental qui doit être considéré comme implicite en l'absence de mention ^a expresse dans la *Charte*.

Bien que j'aie conclu et exprimé l'avis que la *Charte*, à première vue, ne saurait justifier l'existence d'un droit de grève implicite, il y a aussi, à ^b mon avis, de bonnes raisons de politique sociale de ne pas déduire l'existence d'un tel droit. Le droit du travail, comme nous l'avons vu, constitue un sujet d'importance fondamentale, mais aussi extrêmement délicat. Il est fondé sur un compromis ^c politique et économique entre d'une part, le syndicalisme, qui constitue une force socio-économique fort puissante, et d'autre part, le patronat, qui constitue une force socio-économique tout aussi ^d puissante. L'équilibre entre ces deux forces est fragile et la sécurité et le bien-être de la population en général dépendent du maintien de cet équilibre. L'un de ces groupes renonce à certains de ses intérêts en échange de concessions de la part de ^e l'autre. Manifestement il n'existe pas de juste équilibre qui puisse satisfaire de façon permanente les deux groupes, tout en sauvegardant l'intérêt public. L'ensemble du processus est fondamentalement dynamique et instable. Il faut donc faire ^f preuve de prudence lorsqu'on se demande si une protection constitutionnelle devrait être accordée à l'un des aspects de ce processus dynamique et changeant, tout en abandonnant les autres sujets ^g aux pressions sociales du jour. De gigantesques changements d'ordre économique, social et industriel se préparent non seulement au Canada et en Amérique du Nord, mais aussi dans d'autres parties du monde. L'évolution de l'économie nationale ^h canadienne, le déclin des industries fondées sur les ressources naturelles ainsi que de l'industrie lourde, les changements qui surviennent dans l'ordre commercial et industriel international, ont engendré une pression énorme pour que soient ⁱ réévaluées les façons traditionnelles d'aborder les questions économiques et industrielles, y compris celles du droit et des politiques en matière de travail. Dans des pays comme la Suède (professeur Axel Adlercreutz, *Sweden*, dans *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations* (1985), vol. 9, sous la direction du pro-

changes have led to increased efficiency and job satisfaction. Whatever the result of such steps, however, it is obvious that the immediate direction of labour policy is unclear. It is, however, clear that labour policy can only be developed step by step with, in this country, the Provinces playing their "classic federal role as laboratories for legal experimentation with our industrial relations ailments" (Paul Weiler, *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), at p. 11). The fulfilment of this role in the past has resulted in the growth and development of the body of labour law which now prevails in Canada. The fluid and constantly changing conditions of modern society demand that it continue. To intervene in that dynamic process at this early stage of *Charter* development by implying constitutional protection for a right to strike would, in my view, give to one of the contending forces an economic weapon removed from and made immune, subject to s. 1, to legislative control which could go far towards freezing the development of labour relations and curtailing that process of evolution necessary to meet the changing circumstances of a modern society in a modern world. This, I repeat, is not to say that a right to strike does not exist at law or that it should be abolished. It merely means that at this stage of our *Charter* development such a right should not have constitutional status which would impair the process of future development in legislative hands. Of particular interest in this connection are the words of Peter Gall in his article, *supra*, at p. 248, where he said:

Collective bargaining is extremely important in our society and has been for some time now. But will it always be so? Can we confidently predict that 50 or even 20 years from now collective bargaining will still be the primary activity of trade unions? Or will we have adopted some other technique for setting terms and

fesseur R. Blanpain) et la République fédérale d'Allemagne (professeur Th. Ramm, *Federal Republic of Germany* dans *International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations* (1979), vol. 5), des orientations différentes ont été adoptées en matière de relations de travail. On a dit que ces changements ont entraîné une hausse du rendement et de la satisfaction au travail. Quel que soit le résultat de ces mesures, il est évident que le cours immédiat que suivront les politiques en matière de relations de travail n'est pas clair. Il est clair cependant que les politiques en matière de relations de travail ne peuvent être mises au point qu'étape par étape, les provinces jouant dans notre pays leur [TRADUCTION] «rôle fédéral classique de laboratoires d'expérimentation juridique de nos maux en matière de relations industrielles» (Paul Weiler, *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), à la p. 11). C'est grâce à ce rôle qu'elles ont joué par le passé qu'a pu croître et se développer le droit du travail qui prévaut actuellement au Canada. Les conditions variables et constamment changeantes de la société moderne exigent que cela continue. Intervenir dans ce processus dynamique à ce premier stade de l'évolution de la *Charte*, en reconnaissant une protection constitutionnelle implicite du droit de grève reviendrait, selon moi, à conférer à l'une des forces en présence une arme économique qui échapperait, sous réserve de l'article premier, à tout contrôle législatif et pourrait aller jusqu'à geler les relations de travail et à restreindre le processus d'évolution nécessaire pour faire face aux circonstances changeantes de la société contemporaine. Je répète que cela ne revient pas à dire que le droit de grève n'existe pas en droit ni qu'il devrait être aboli. Cela signifie simplement qu'à ce stade de l'évolution de notre *Charte* un tel droit ne devrait pas recevoir un statut constitutionnel qui porterait atteinte à l'essor futur que lui réserve le législateur. À ce sujet, les propos que tient Peter Gall dans son article précité, à la p. 248, revêtent un intérêt particulier:

[TRADUCTION] La négociation collective joue un rôle extrêmement important dans notre société, et ce, depuis un certain temps maintenant. Mais en sera-t-il toujours ainsi? Pouvons-nous avec certitude prédire que dans 50 ou même 20 ans la négociation collective sera toujours l'activité première des syndicats? Ou bien aurons-nous

conditions of employment, such as full-scale interest arbitration or greater reliance on legislated standards. If we cannot reject this out of hand, and I do not think we can, then we must seriously question whether collective bargaining is the kind of activity that warrants constitutional status. The Charter enshrines the fundamental principles of individual liberty. The activities of man may change over time, but these principles remain constant. Collective bargaining does not have this same timeless quality, and, accordingly, we should be leery of giving it constitutional protection under the concept of freedom of association. If the drafters had intended to enshrine collective bargaining constitutionally, it would have been a simple matter to do so explicitly. The fact that it was not done explicitly indicates that this was not intended.

To constitutionalize a particular feature of labour relations by entrenching a right to strike would have other adverse effects. Our experience with labour relations has shown that the courts, as a general rule, are not the best arbiters of disputes which arise from time to time. Labour legislation has recognized this fact and has created other procedures and other tribunals for the more expeditious and efficient settlement of labour problems. Problems arising in labour matters frequently involve more than legal questions. Political, social, and economic questions frequently dominate in labour disputes. The legislative creation of conciliation officers, conciliation boards, labour relations boards, and labour dispute-resolving tribunals, has gone far in meeting needs not attainable in the court system. The nature of labour disputes and grievances and the other problems arising in labour matters dictates that special procedures outside the ordinary court system must be employed in their resolution. Judges do not have the expert knowledge always helpful and sometimes necessary in the resolution of labour problems. The courts will generally not be furnished in labour cases, if past experience is to guide us, with an evidentiary base upon which full resolution of the dispute may be made. In my view, it is scarcely contested that specialized labour tribunals are better suited than courts for resolving labour problems, except for the resolution of

adopté quelque autre technique pour fixer les conditions d'emploi, comme l'arbitrage intégral d'intérêts ou un recours plus important à des normes législatives. Si nous ne pouvons écarter cette hypothèse du revers de la main, et je ne pense pas que nous le puissions, nous devons alors nous demander sérieusement si la négociation collective constitue le genre d'activité qui mérite un statut constitutionnel. La Charte consacre les principes fondamentaux de la liberté individuelle. Les activités de l'homme peuvent changer avec le temps, mais ces principes demeurent constants. La négociation collective n'a pas cette même qualité d'être de tous les temps et, en conséquence, nous serions bien malin de lui accorder une protection constitutionnelle en vertu de la notion de la liberté d'association. Si les rédacteurs avaient voulu consacrer la négociation collective dans la Constitution, il leur aurait été facile de le faire expressément. Le fait que cela n'a pas été fait expressément montre bien que telle n'était pas leur intention.

Constitutionnaliser un aspect particulier des relations de travail par l'enchâssement du droit de grève aurait d'autres effets négatifs. Notre expérience en matière de relations de travail montre que les tribunaux, en règle générale, ne sont pas les meilleurs arbitres des différends qui peuvent surgir à l'occasion. La législation du travail a reconnu ce fait, en créant d'autres procédures et d'autres tribunaux en vue d'obtenir un règlement plus prompt et efficace des problèmes qui surviennent dans le domaine du travail. Souvent, les problèmes en matière de travail ne se résument pas à des questions juridiques. Des questions politiques, sociales et économiques dominent fréquemment les conflits de travail. La création par voie législative de conciliateurs, de conseils d'arbitrage, de commissions des relations du travail et de tribunaux du travail a permis, dans une large mesure, de répondre à des besoins auxquels ne pouvait satisfaire le système judiciaire. La nature des conflits de travail, des griefs et des autres problèmes qui surgissent dans ce domaine, commande le recours à des procédures spéciales, en dehors du système judiciaire ordinaire, pour les résoudre. Les juges n'ont pas les connaissances spécialisées toujours utiles et parfois nécessaires pour résoudre les problèmes en matière de travail. Les tribunaux en général ne disposent pas dans ces affaires, si l'expérience passée peut nous guider, d'un fondement probatoire qui puisse permettre de résoudre complètement le différend.

purely legal questions. If the right to strike is constitutionalized, then its application, its extent, and any questions of its legality, become matters of law. This would inevitably throw the courts back into the field of labour relations and much of the value of specialized labour tribunals would be lost. This point has been commented upon by Professor J. M. Weiler in an article "The Regulation of Strikes and Picketing Under the Charter" in *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), at pp. 226-27:

The doctrine of exclusive representation is but one of hundreds of critical policy choices made by our legislatures in the evolution of the current system of collective bargaining law in Canada. Others include restrictions of employer and employee free speech, prohibition of strikes during the term of a collective agreement, compulsory grievance arbitration, and 72 hours' notice before a strike or lockout. All these ingredients of collective bargaining law could be attacked as unjustified restrictions of collective bargaining rights. There are examples in many other jurisdictions in Canada and in other democratic industrialized countries where these restrictive aspects of collective bargaining law do not exist. How will a judge determine whether these meet the standards of a free and democratic society?

I won't belabour this point any further. I believe our current system of collective bargaining law regulating the relations between workers and employers is too complicated and sophisticated a field to be put under the scrutiny of a judge in a contest between two litigants arguing vague notions such as "reasonable" and "justifiable" in a free and democratic society. I have no confidence that our adversary court system is capable of arriving at a proper balance between the competing political, democratic and economic interests that are the stuff of labour legislation.

À mon avis, il n'est guère contesté que les tribunaux spécialisés en matière de relations de travail sont mieux équipés que les tribunaux judiciaires pour résoudre les problèmes en matière de travail, sauf s'il s'agit de questions purement juridiques. Si le droit de grève est constitutionnalisé, alors son application, sa portée et toutes questions relatives à sa légalité deviennent des questions de droit. Cela aurait inévitablement pour effet de relancer les tribunaux judiciaires dans le domaine des relations de travail et de faire perdre aux tribunaux spécialisés en relations de travail une grande partie de leur utilité. Le professeur J. M. Weiler commente ce point dans un article intitulé «The Regulation of Strikes and Picketing Under the Charter», dans *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), aux pp. 226 et 227:

[TRADUCTION] Le principe de la représentation exclusive n'est qu'un parmi des centaines de choix critiques de politique générale qu'ont fait nos législateurs au cours de l'évolution du régime actuel de droit de la négociation collective au Canada. Il y a aussi les restrictions apportées à la liberté de parole de l'employeur et de l'employé, l'interdiction de faire la grève pendant la durée d'une convention collective, l'arbitrage obligatoire des griefs et le préavis de 72 heures qui doit être donné avant de déclencher une grève ou un lock-out. Tous ces éléments du droit de la négociation collective pourraient être attaqués comme étant des restrictions injustifiées des droits de négocier collectivement. On trouve des exemples dans plusieurs autres ressorts au Canada et dans d'autres pays démocratiques industrialisés où ces aspects restrictifs du droit de la négociation collective n'existent pas. Comment un juge pourra-t-il décider s'ils sont conformes aux normes d'une société libre et démocratique?

Je n'insisterai pas sur ce point plus longtemps. Je crois que notre régime actuel de droit de la négociation collective, qui régit les relations entre les travailleurs et le patronat, constitue un domaine trop complexe et trop sophistiqué pour être soumis à l'appréciation d'un juge, dans le cadre d'un différend entre deux justiciables qui débattent des notions vagues comme ce qui est «raisonnable» et «justifié» dans une société libre et démocratique. Je n'ai aucune confiance en la capacité de notre système judiciaire contradictoire de réaliser un juste équilibre entre les intérêts politiques, démocratiques et économiques opposés qui constituent la substance de la législation du travail.

If collective bargaining were constitutionalized under section 2(d), my worry is that judges might be flooded with arguments from litigants who are unhappy with the current tilt in the balance of power between unions, employers, and individual employees in collective bargaining legislation. These litigants will challenge a particular aspect of collective bargaining law, citing vague arguments of democratic, associational, economic, or political rights that will only serve to confuse the judge. Other parties whose interests will be affected by the decision may not receive intervenor status or may not even be aware of the case. It is unlikely that the necessary evidential base to decide the policy issue will be provided. When we consider that collective bargaining law is polycentric in nature, adjustments to the delicate industrial relations balance in one part of the system might have unanticipated and unfortunate effects in another.

The lessons of the evolution of our labour law regime in the past 50 years display very clearly that the legislatures are far better equipped than the courts to strike the appropriate balance between the interests of the individual employee, the union, the employer and the public. For 20 years the direction of labour law reform in Canada has been to limit excessive judicial review of specialized labour boards because of the problems that result from absentee management by the judges. At the same time, more original jurisdiction has been provided to labour boards to regulate economic disputes between workers and their employers. For the same reasons that the courts have been increasingly excluded from the role of umpiring collective bargaining disputes, they should not be re-entering the mainstream of labour law development in their capacity as interpreters of concepts such as "freedom of association" in section 2(d) of the Charter. The courtroom is not the place to be developing collective bargaining policy.

In summary, my concerns about interpreting freedom of association in section 2(d) to "constitutionalize collective bargaining" go beyond the problems that this would present for industrial relations in Canada. I am concerned that if the courts interpret the Charter to include rights that are not expressly provided for and thus are even more difficult to define as to value and scope, they will be overloaded with litigation under section 1 and two opposite, but equally unhappy, scenarios may result.

Ce qui m'inquiète, si la négociation collective devait être constitutionnalisée en vertu de l'al. 2d), c'est la possibilité que les juges soient inondés d'arguments de la part de justiciables insatisfaits du côté dont la balance du pouvoir des syndicats, du patronat ou des employés pris individuellement, penche dans la législation relative à la négociation collective. Ces justiciables contesteront un aspect particulier du droit de la négociation collective, en citant de vagues arguments relatifs à des droits démocratiques, associatifs, économiques ou politiques qui ne serviront qu'à jeter la confusion dans l'esprit du juge. Il pourra arriver que d'autres parties touchées par la décision se voient refuser le droit d'intervenir, ou même qu'elles ignorent totalement l'existence du litige. Il est peu probable que l'on disposera du fondement probatoire nécessaire pour juger de l'attitude à prendre. Lorsque nous considérons que le droit de la négociation collective a une nature polycentrique, il se pourrait que les ajustements apportés à l'équilibre fragile des relations industrielles dans une partie du système aient des effets imprévus et malheureux ailleurs.

Les leçons tirées de l'évolution de notre régime de droit du travail au cours des 50 dernières années indiquent clairement que le législateur est, de loin, mieux placé que les tribunaux judiciaires pour établir un juste équilibre entre les intérêts de l'employé pris individuellement, du syndicat, de l'employeur et du public. Pendant 20 ans, l'orientation de la réforme du droit du travail au Canada a consisté à limiter le contrôle judiciaire excessif des commissions spécialisées en matière de relations de travail, en raison des problèmes qui résultent d'une gestion judiciaire lointaine. En même temps, une compétence plus particulière était conférée aux commissions du travail pour régler les différends économiques entre les travailleurs et leurs employeurs. Pour les mêmes raisons que les tribunaux judiciaires ont été de plus en plus exclus de l'arbitrage des différends en matière de négociation collective, il ne faut pas qu'ils réintègrent le courant où est façonné le droit du travail, à titre d'interprètes de notions comme la «liberté d'association» prévue à l'al. 2d) de la Charte. Le prétoire n'est pas le lieu où doit être élaborée la politique à suivre en matière de négociation collective.

En bref, mes inquiétudes au sujet d'une interprétation de la liberté d'association, prévue à l'al. 2d), qui «constitutionnalise la négociation collective» va au-delà des problèmes que cela causerait aux relations industrielles au Canada. Je crains que, si les tribunaux judiciaires interprètent la Charte comme incluant des droits qui n'y sont pas expressément prévus et, donc, qui sont d'autant plus difficiles à définir au niveau de leur valeur et de leur portée, ils soient surchargés de litiges mettant en

Some judges might interpret section 1 so aggressively as to initiate the process of remaking large chunks of Canadian law. This might cause the legislators to retaliate by invoking the override provisions in section 33 of the Charter. Alternatively, the courts might take the opposite tack by giving the legislatures too broad an ambit under section 1. In either case, the result might be the trivialization of the rights that were expressly intended to be protected in provisions such as section 2(d). Where the Charter is ambiguous as to the extent to which a certain right or freedom is protected, the better approach is for our courts to proceed very cautiously: first, by interpreting section 2 so as to give a limited application to the rights allegedly implicitly protected; then by providing a more searching scrutiny within section 1 of those rights that have expressly been protected in section 2.

A further problem will arise from constitutionalizing the right to strike. In every case where a strike occurs and relief is sought in the courts, the question of the application of s. 1 of the *Charter* may be raised to determine whether some attempt to control the right may be permitted. This has occurred in the case at bar. The section 1 inquiry involves the reconsideration by a court of the balance struck by the Legislature in the development of labour policy. The Court is called upon to determine, as a matter of constitutional law, which government services are essential and whether the alternative of arbitration is adequate compensation for the loss of a right to strike. In the *PSAC* case, the Court must decide whether mere postponement of collective bargaining is a reasonable limit, given the Government's substantial interest in reducing inflation and the growth in government expenses. In the *Dairy Workers* case, the Court is asked to decide whether the harm caused to dairy farmers through a closure of the dairies is of sufficient importance to justify prohibiting strike action and lockouts. None of these issues is amenable to principled resolution. There are no clearly correct answers to these questions. They are of a nature peculiarly apposite to the functions of the Legislature. However, if the right to strike is found in the *Charter*, it will be the courts which time and time again will have to resolve these questions, relying

cause l'article premier; et deux scénarios opposés, mais également malheureux, peuvent en résulter. Certains juges pourraient interpréter l'article premier agressivement au point d'enclencher un processus de reformulation de portions entières du droit canadien. Cela pourrait amener le législateur à répliquer en invoquant les dispositions dérogoatoires de l'art. 33 de la Charte. Par contre, les tribunaux pourraient faire le contraire en accordant au législateur une latitude trop large en vertu de l'article premier. Dans les deux cas, le résultat pourrait être la banalisation des droits qu'on a voulu expressément protéger dans des dispositions comme l'al. 2d). Là où la Charte est ambiguë quant à la mesure dans laquelle un certain droit ou une certaine liberté sont protégés, la meilleure attitude pour nos tribunaux judiciaires consiste à faire preuve de prudence: premièrement, en interprétant l'art. 2 de façon à limiter l'application des droits qu'on dit protégés tacitement, pour ensuite procéder à une analyse encore plus minutieuse, au niveau de l'article premier, des droits expressément protégés à l'art. 2.

Un autre problème se posera si le droit de grève est constitutionnalisé. Chaque fois qu'une grève se produit et qu'on s'adresse aux tribunaux, la question de l'application de l'article premier de la *Charte* peut être soulevée pour savoir s'il peut être permis de tenter jusqu'à un certain point de contrôler l'exercice de ce droit. C'est ce qui s'est produit en l'espèce. Une analyse en vertu de l'article premier comporte le réexamen par une cour de l'équilibre établi par le législateur lors de l'élaboration de sa politique ouvrière. On demande à la Cour de déterminer, selon le droit constitutionnel, quels services gouvernementaux sont essentiels et si la solution de l'arbitrage compense adéquatement la perte du droit de grève. Dans l'affaire *AFPC*, la Cour doit décider si le simple report de la négociation collective constitue une limite raisonnable, compte tenu de l'intérêt substantiel du gouvernement à juguler l'inflation et la croissance de ses dépenses. Dans l'affaire des *Travailleurs de l'industrie laitière*, on demande à la Cour de déterminer si le préjudice causé aux producteurs laitiers par la fermeture des usines laitières est suffisamment important pour justifier l'interdiction des grèves et des lock-out. Aucune de ces questions ne peut faire l'objet d'une solution fondée sur des principes. Il n'y a pas de réponse qui soit manifestement exacte à ces questions. Elles sont d'une nature particulièrement appro-

only on the evidence and arguments presented by the parties, despite the social implications of each decision. This is a legislative function into which the courts should not intrude. It has been said that the courts, because of the *Charter*, will have to enter the legislative sphere. Where rights are specifically guaranteed in the *Charter*, this may on occasion be true. But where no specific right is found in the *Charter* and the only support for its constitutional guarantee is an implication, the courts should refrain from intrusion into the field of legislation. That is the function of the freely-elected Legislatures and Parliament.

I would, therefore, dismiss the appeal and answer the constitutional questions, as follows:

1. Are the provisions of the *Public Service Employee Relations Act* that provide compulsory arbitration as a mechanism for resolution of disputes and prohibit the use of lockouts and strikes, in particular, sections 49, 50, 93 and 94 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent?

Answer: The provisions of the *Public Service Employee Relations Act* which prohibit the use of strikes and lockouts are not inconsistent with the provisions of the *Constitution Act, 1982*, since the *Constitution Act, 1982* does not guarantee a right to strike.

2. Are the provisions of the *Labour Relations Act* that provide compulsory arbitration as a mechanism for resolution of disputes and prohibit the use of lockouts and strikes, in particular, sections 117.1, 117.2 and 117.3 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent?

Answer: The provisions of the *Labour Relations Act* which prohibit the use of strikes and lockouts are not inconsistent with the provisions of the *Constitution Act, 1982*, since the *Constitution Act, 1982* does not guarantee a right to strike.

priées aux fonctions qu'exerce le législateur. Mais si le droit de grève se trouvait dans la *Charte*, il appartiendrait aux tribunaux de les résoudre à chaque fois, en ne se fondant que sur les preuves et les arguments offerts par les parties, en dépit des répercussions sociales de chaque décision. C'est là une fonction du législateur dans laquelle les tribunaux devraient éviter de s'ingérer. On a dit que les tribunaux, en raison de la *Charte*, devront s'engager dans le domaine législatif. Lorsque des droits sont expressément garantis par la *Charte*, il peut arriver que cela soit vrai. Mais lorsqu'aucun droit spécifique ne se trouve dans la *Charte* et que le seul fondement de sa garantie constitutionnelle est implicite, les tribunaux devraient s'abstenir d'intervenir dans le domaine législatif. C'est là le rôle des assemblées législatives et du Parlement librement élus.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Les dispositions de la *Public Service Employee Relations Act* qui prévoient l'arbitrage obligatoire pour résoudre les différends et interdisent le recours aux lock-out et aux grèves, en particulier les articles 49, 50, 93 et 94, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?

Réponse: Les dispositions de la *Public Service Employee Relations Act* qui interdisent le recours aux lock-out et aux grèves ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982* puisque la *Loi constitutionnelle de 1982* ne garantit pas le droit de grève.

2. Les dispositions de la *Labour Relations Act* qui prévoient l'arbitrage obligatoire pour résoudre les différends et interdisent le recours aux lock-out et aux grèves, en particulier les articles 117.1, 117.2 et 117.3, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?

Réponse: Les dispositions de la *Labour Relations Act* qui interdisent le recours aux lock-out et aux grèves ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982* puisque la *Loi constitutionnelle de 1982* ne garantit pas le droit de grève.

3. Are the provisions of the *Police Officers Collective Bargaining Act* that provide for compulsory arbitration as a mechanism for the resolution of disputes and prohibit the use of lockouts and strikes, in particular, sections 3, 9, and 10 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent?

Answer: The provisions of the *Police Officers Collective Bargaining Act* which prohibit the use of strikes and lockouts are not inconsistent with the provisions of the *Constitution Act, 1982*, since the *Constitution Act, 1982* does not guarantee a right to strike.

4. Are the provisions of the *Public Service Employee Relations Act* that relate to the conduct of arbitration, in particular sections 48 and 55 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent?

Answer: The provisions of the *Public Service Employee Relations Act* which relate to the conduct of arbitration are not inconsistent with the provisions of the *Constitution Act, 1982*, since the *Constitution Act, 1982* does not guarantee a specific form of dispute resolution as a substitute for the right to strike.

5. Are the provisions of the *Labour Relations Act* that relate to the conduct of arbitration, in particular section 117.8 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent?

Answer: The provisions of the *Labour Relations Act* which relate to the conduct of arbitration are not inconsistent with the provisions of the *Constitution Act, 1982*, since the *Constitution Act, 1982* does not guarantee a specific form of dispute resolution as a substitute for the right to strike.

6. Are the provisions of the *Police Officers Collective Bargaining Act* that relate to the conduct of arbitration, in particular sections 2(2) and 15 thereof, inconsistent with the *Constitution Act, 1982*, and if so, in what particular or particulars, and to what extent?

Answer: The provisions of the *Police Officers Collective Bargaining Act* which relate to the conduct of arbitration are not inconsistent with the provisions of the *Constitution Act, 1982*, since the *Constitution Act, 1982* does not guarantee a spe-

3. Les dispositions de la *Police Officers Collective Bargaining Act* qui prévoient l'arbitrage obligatoire pour résoudre les différends et interdisent le recours aux lock-out et aux grèves, en particulier les articles 3, 9 et 10, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?

Réponse: Les dispositions de la *Police Officers Collective Bargaining Act* qui interdisent le recours aux lock-out et aux grèves ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982* puisque la *Loi constitutionnelle de 1982* ne garantit pas le droit de grève.

4. Les dispositions de la *Public Service Employee Relations Act* qui se rapportent à l'arbitrage, en particulier les articles 48 et 55, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?

Réponse: Les dispositions de la *Public Service Employee Relations Act* qui se rapportent à l'arbitrage ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982* puisque la *Loi constitutionnelle de 1982* ne garantit aucune forme particulière de règlement des différends comme substitut au droit de grève.

5. Les dispositions de la *Labour Relations Act* qui se rapportent à l'arbitrage, en particulier l'article 117.8, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?

Réponse: Les dispositions de la *Labour Relations Act* qui se rapportent à l'arbitrage ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982* puisque la *Loi constitutionnelle de 1982* ne garantit aucune forme particulière de règlement des différends comme substitut au droit de grève.

6. Les dispositions de la *Police Officers Collective Bargaining Act* qui se rapportent à l'arbitrage, en particulier le paragraphe 2(2) et l'article 15, sont-elles incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982* et, dans l'affirmative, sous quels aspects et dans quelle mesure?

Réponse: Les dispositions de la *Police Officers Collective Bargaining Act* qui se rapportent à l'arbitrage ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982* puisque la *Loi constitutionnelle de 1982* ne garantit aucune

cific form of dispute resolution as a substitute for the right to strike.

7. Does the *Constitution Act, 1982*, limit the right of the Crown to exclude any one or more of the following classes of its employees from units for collective bargaining:

- a) an employee who exercises managerial functions;
- b) an employee who is employed in a confidential capacity in matters relating to labour relations;
- c) an employee who is employed in a capacity that is essential to the effective functioning of the Legislature, the Executive or the Judiciary;
- d) an employee whose interests as a member of a unit for collective bargaining could conflict with his duties as an employee?

Answer: I prefer not to answer this question, for the reasons given by the Chief Justice.

Appeal dismissed, DICKSON C.J. and WILSON J. dissenting.

Solicitor for the appellant the Alberta Union of Provincial Employees: Timothy J. Christian, Edmonton.

Solicitors for the appellant the Canadian Union of Public Employees: Sheila J. Greckol, Edmonton; June M. Ross, Edmonton.

Solicitor for the appellant the Alberta International Fire Fighters Association: Barrie C. Chivers, Edmonton.

Solicitors for the respondent: McLennan Ross, Edmonton; the Department of the Attorney General, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of the Attorney General, Winnipeg.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Archie Campbell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Réal A. Forest and Gilles Grenier, Ste-Foy.

forme particulière de règlement des différends comme substitut au droit de grève.

7. La *Loi constitutionnelle de 1982* limite-t-elle le droit de Sa Majesté d'exclure des unités de négociation collective une seule ou plusieurs des catégories suivantes de ses employés:

- a) un employé qui exerce des fonctions de gestion;
- b) un employé qui est préposé à des fonctions confidentielles en matière de relations de travail;
- c) un employé dont les fonctions sont essentielles au bon fonctionnement de la Législature, de l'Exécutif ou du Judiciaire;
- d) un employé dont les droits en tant que membre d'une unité de négociation collective entreraient en conflit avec ses obligations d'employé?

Réponse: Je préfère m'abstenir de répondre à cette question pour les raisons que donne le Juge en chef.

Pourvoi rejeté, le juge en chef DICKSON et le juge WILSON sont dissidents.

Procureur de l'appellant l'Alberta Union of Provincial Employees: Timothy J. Christian, Edmonton.

Procureurs de l'appellant le Syndicat canadien de la fonction publique: Sheila J. Greckol, Edmonton; June M. Ross, Edmonton.

Procureur de l'appelante l'Alberta International Fire Fighters Association: Barrie C. Chivers, Edmonton.

Procureurs de l'intimé: McLennan Ross, Edmonton; le ministère du Procureur général, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère du Procureur général, Winnipeg.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Archie Campbell, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Réal A. Forest et Gilles Grenier, Ste-Foy.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Ralph C. Thompson, Charlottetown.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Serge Kujawa, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: The Department of Justice, St. John's.

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

^a *Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.*

^b *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Ralph C. Thompson, Charlottetown.*

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Serge Kujawa, Regina.

^c *Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Le ministère de la Justice, St. John's.*

Public Service Alliance of Canada *Appellant*

and

The Attorney General of Manitoba *Intervener*
for the appellant

v.

Her Majesty The Queen in right of Canada
as represented by Treasury Board and the
Attorney General of Canada *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the
Attorney General of Quebec, the Attorney
General of British Columbia, the Attorney
General for Alberta, the Attorney General for
Saskatchewan and the Attorney General of
Newfoundland *Interveners for the respondent*

INDEXED AS: PSAC v. CANADA

File No.: 18942.

1985: October 7, 8; 1987: April 9.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights - Freedom of association — Federal legislation extending collective agreements of public sector employees and fixing wage increases for a two-year period — Right of employees to bargain collectively impaired — Whether federal legislation violated s. 2(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter — Public Sector Compensation Restraint Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 122.

Civil rights — Equality before the law — Federal legislation extending collective agreements of public sector employees and fixing wage increases for a two-year period — Whether federal legislation violated s. 1(b) of the Canadian Bill of Rights — Public Sector Compensation Restraint Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 122.

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Alliance de la Fonction publique du Canada
Appelante

et

^a **Le procureur général du Manitoba**
Intervenant pour l'appelante

c.

^b **Sa Majesté La Reine du chef du Canada,**
représentée par le Conseil du Trésor et le
procureur général du Canada *Intimée*

et

^c **Le procureur général de l'Ontario, le**
procureur général du Québec, le procureur
général de la Colombie-Britannique, le
procureur général de l'Alberta, le procureur
^d **général de la Saskatchewan et le procureur**
général de Terre-Neuve *Intervenants pour*
l'intimée

RÉPERTORIÉ: AFPC c. CANADA

^e N° du greffe: 18942.

1985: 7, 8 octobre; 1987: 9 avril

^f Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,
McIntyre, Chouinard*, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Loi fédérale prorogeant les conventions collectives des salariés du secteur public et fixant pour deux ans leurs hausses salariales — Atteinte au droit des salariés de négocier collectivement — Cette loi fédérale viole-t-elle l'art. 2d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur les restrictions salariales du secteur public, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122.

ⁱ *Libertés publiques — Égalité devant la loi — Loi fédérale prorogeant les conventions collectives des salariés du secteur public et fixant pour deux ans leurs hausses salariales — Cette loi fédérale viole-t-elle l'art. 1b) de la Déclaration canadienne des droits? — Loi sur les restrictions salariales du secteur public, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122.*

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

Appellant represents employees of the federal government and its agencies. It brought an action in the Federal Court, Trial Division seeking a declaration that the *Public Sector Compensation Restraint Act* was inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights*. The Act applied only to the federal public sector employees (s. 3) and employees of certain railway companies (s. 3(4))—the latter, however, are not represented in this appeal. It automatically extended compensation plans in force on June 29, 1982 for a period of two years and fixed the wage increases to 6 per cent in the first year and 5 per cent for the second. For the groups not subject to a compensation plan on June 29, 1982, the Act extended the previous compensation plan for one year and provided for an increase of 9 per cent for that year. At the end of that period, these plans were extended for a further two years with the “6 and 5” increases. During the period of extension, the compensation plans covered by the Act (s. 6(1)(a)) and those collective agreements or arbitral awards which included such a compensation plan (s. 6(1)(b)) continued to be in force without change, thus precluding collective bargaining on compensatory and non-compensatory components of collective agreements. Section 6 is subject to s. 7 which permitted the parties to a collective agreement to amend non-compensatory terms and conditions by agreement only, but it did not authorize employees to strike or submit proposed amendments to binding arbitration. Under s. 16, the Governor in Council was empowered to terminate the application of the Act in respect of an employee or a group of employees to which the Act applied. The Federal Court, at trial and on appeal, held that the Act violated neither the right of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* nor the right to equality before the law in s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. This appeal is to determine (1) whether the Act violates s. 2(d) of the *Charter* and, if so, whether such violation can be justified under s. 1; and (2) whether the Act infringed s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

Held (Dickson C.J. dissenting in part and Wilson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

(1) *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

Per Beetz, Le Dain and La Forest JJ.: For the reasons expressed by Le Dain J. in the *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1

L'appelante représente les salariés du gouvernement fédéral et de ses organismes. Elle a intenté une action en Cour fédérale, Division de première instance, en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* est incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Déclaration canadienne des droits*. La Loi ne s'applique qu'aux salariés du secteur public fédéral (art. 3) et aux employés de certaines compagnies ferroviaires (par. 3(4))—ces derniers toutefois ne sont pas représentés en l'espèce. La Loi proroge automatiquement pour une période de deux ans les régimes de rémunération en vigueur le 29 juin 1982 et fixe les hausses salariales à 6 pour 100 pour la première année et à 5 pour 100 pour la seconde. Quant aux groupes qui n'étaient pas assujettis à un régime de rémunération le 29 juin 1982, la Loi proroge la convention collective antérieure pour un an, avec une hausse de 9 pour 100. Au terme de cette période, ces régimes sont en outre prorogés de deux ans, avec des hausses de «6 et 5» pour 100. Pendant la durée de cette prorogation, les régimes de rémunération visés par la Loi (le premier élément du par. 6(1)) et les conventions collectives ou décisions arbitrales comportant un pareil régime (le deuxième élément du par. 6(1)) demeurent en vigueur, inchangés, ce qui interdit toute négociation collective des conditions relatives à la rémunération et autres des conventions collectives. L'article 6 est applicable sous réserve de l'art. 7 qui autorise les parties à une convention collective à en modifier les conditions autres que celles qui ont trait à la rémunération uniquement si elles s'entendent pour le faire, mais l'art. 7 n'autorise pas les salariés à faire la grève ou à soumettre des projets de modification à l'arbitrage exécutoire. En vertu de l'art. 16, le gouverneur en conseil peut mettre fin à l'application de la Loi à l'égard de salariés ou de groupes de salariés qu'elle vise. La Cour fédérale, tant en première instance qu'en appel, a conclu que la Loi ne violait ni la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte* ni le droit à l'égalité devant la loi proclamée à l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le pourvoi vise à déterminer (1) si la Loi viole l'al. 2d) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si cette violation peut être justifiée en vertu de l'article premier; et (2) si la Loi viole l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Arrêt (le juge en chef Dickson est dissident en partie et le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

(1) La *Charte canadienne des droits et libertés*

Les juges Beetz, Le Dain et La Forest: Pour les motifs exprimés par le juge Le Dain dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1

S.C.R. 313, the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not include a guarantee of the right to bargain collectively and the right to strike. Accordingly, the *Public Sector Compensation Restraint Act* did not violate s. 2(d) of the *Charter*.

Per McIntyre J.: For the reasons I expressed in the *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, the *Public Sector Compensation Restraint Act* did not interfere with collective bargaining so as to infringe the *Charter* guarantee of freedom of association. The Act did not restrict the role of the trade union as the exclusive agent of the employees. It required the employer to continue to bargain and deal with the unionized employees through the Union. It also permitted continued negotiations between the parties with respect to changes in the terms and conditions of employment which did not involve compensation. The effect of the Act was simply to deny the use of the economic weapons of strikes and lockouts for a two-year period. This may limit the bargaining power of trade union but it did not violate s. 2(d) of the *Charter* which does not include a constitutional guarantee of a right to strike.

Per Dickson C.J. (dissenting in part): Freedom of association, in the labour relations context, includes the freedom to participate in determining conditions of work through collective bargaining and the right to strike. By automatically extending the terms and conditions of collective agreements and arbitral awards and by fixing wage increases for a two-year period, the *Public Sector Compensation Restraint Act* infringed the freedom of public sector employees to engage in collective bargaining. This conclusion is not altered by ss. 7 and 16 of the Act. Under either of these provisions, a union had no effective bargaining power since it lacked the legal capacity to withdraw services collectively or even to remit a dispute to binding arbitration. Thus, the Act impaired the freedom to bargain collectively both in respect of compensatory and non-compensatory issues and limited freedom of association as guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*.

The objective of reducing inflation was, at the time of passage of the Act, of sufficient importance for the purpose of s. 1 of the *Charter*, but not all the means chosen to achieve that objective were "reasonable and demonstrably justified". The important leadership role of the government in economic matters and its concern to control wage demands and production costs in its

R.C.S. 313, la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'inclut aucune garantie des droits de négocier collectivement et de faire la grève. Par conséquent, la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* ne viole pas l'al. 2d) de la *Charte*.

Le juge McIntyre: Pour les motifs que j'ai exprimés dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* ne porte pas atteinte à la négociation collective au point de violer la liberté d'association garantie par la *Charte*. La Loi ne limite pas le rôle du syndicat à titre de mandataire exclusif des employés. Elle exige que l'employeur continue à négocier et à traiter avec les employés syndiqués par l'entremise du syndicat. Elle permet également la poursuite de négociations entre les parties en ce qui a trait aux modifications des conditions d'emploi qui n'ont rien à voir avec la rémunération. La Loi a simplement pour effet d'interdire pour une période de deux ans le recours aux armes économiques que constituent la grève et le lock-out. Un tel effet peut limiter le pouvoir de négociation du syndicat, mais il ne viole pas l'al. 2d) de la *Charte* qui n'inclut aucune garantie constitutionnelle du droit de grève.

Le juge en chef Dickson (dissident en partie): La liberté d'association, dans le contexte des relations de travail, comprend la liberté de participer à la détermination des conditions de travail par la négociation collective et le droit de grève. En prorogeant automatiquement l'application des modalités des conventions collectives et des décisions arbitrales et en fixant les hausses salariales pour une période de deux ans, la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* porte atteinte à la liberté des salariés du secteur public de négocier collectivement. Cette conclusion n'est modifiée ni par l'art. 7 ni par l'art. 16 de la Loi. Un syndicat n'a aucun pouvoir réel de négociation en vertu de l'une ou de l'autre de ces dispositions, puisqu'il n'a pas la capacité légale de cesser collectivement de fournir des services, ni même de soumettre un différend à l'arbitrage exécutoire. Ainsi, la Loi porte atteinte à la liberté de négocier collectivement, tant en matière de rémunération qu'en d'autres matières, et limite la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*.

L'objectif de réduire l'inflation était, à l'époque de l'adoption de la Loi, d'une importance suffisante pour les fins de l'article premier de la *Charte*, mais les mesures choisies pour atteindre cet objectif n'étaient pas toutes des mesures «raisonnables et dont la justification puisse se démontrer». L'important rôle de chef de file joué par le gouvernement en matière économique et son

fight against inflation justified, under s. 1, the imposition of controls on federal public sector employees and the suspension of collective bargaining on compensation issues, including non-pecuniary benefits. But the removal of the right to strike over non-compensatory issues as well as the right to submit such disputes to binding arbitration was not a justifiable infringement of the freedom of association. The effective nullification of the employees' ability to bargain collectively on non-compensatory issues represented a profound intrusion into the associational freedoms of workers, and one which bore no apparent connection to the objectives of an inflation restraint programme. The Act swept away virtually the full range of collective bargaining activities of federal employees, seemingly without any thought as to whether such draconian measures were necessary. It follows that the Act, by means of s. 6(1)(b), overreached the otherwise acceptable justification offered for the Act's impairment of public sector workers' freedom of association. Therefore, s. 6(1)(b) is of no force and effect. The remainder of the Act—with the exception of s. 3(4) upon which no opinion was expressed—was justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Per Wilson J. (dissenting): The *Public Sector Compensation Restraint Act* could not be saved by s. 1 of the *Charter*. The government tried to justify the legislation on the ground that the legislation demonstrated its leadership in the fight against inflation. The government's object was to persuade the general public to enter voluntarily into employment agreements that complied with the government wage guidelines. Although the objective of controlling inflation was at the time of the passage of the Act of sufficient importance to warrant a limitation of freedom of association, the imposition of the limitation only on the federal public sector employees was not a measure carefully designed to achieve the objective in question and did not meet the test set out by this Court in *Oakes*. The measures adopted were arbitrary and unfair. They were imposed upon a captive constituency, were not, on the government's own admission, expected to have any direct effect on inflation and could not possibly constitute an example of voluntary compliance for others to follow. Indeed, by passing the Act, the government took away from its employees the ability to comply voluntarily with the guidelines and imposed a programme of mandatory compliance. This cannot be seen as setting an example

souci d'exercer un contrôle sur les revendications salariales et les coûts de production dans sa lutte contre l'inflation justifiait, en vertu de l'article premier, l'imposition de contrôles aux salariés du secteur public fédéral et la suspension de la négociation collective en matière de rémunération, y compris en matière d'avantages autres que pécuniaires. Mais la suppression du droit de faire la grève au sujet des questions autres que la rémunération ainsi que du droit de soumettre ces différends à l'arbitrage exécutoire n'était pas une atteinte justifiable à la liberté d'association. La suppression effective de la capacité des salariés de négocier collectivement sur des points autres que la rémunération représente une grave ingérence dans les libertés d'association des travailleurs, une ingérence qui n'a aucun lien apparent avec les objectifs d'un programme visant à freiner l'inflation. La Loi a interdit aux salariés fédéraux presque toute la gamme d'activités entourant la négociation collective sans se demander, semble-t-il, si des mesures aussi draconiennes étaient nécessaires. Il s'ensuit que la Loi, en raison du deuxième élément du par. 6(1), va bien au-delà de la justification, par ailleurs acceptable, avancée pour l'atteinte qu'elle porte à la liberté d'association des travailleurs du secteur public. Par conséquent, le deuxième élément du par. 6(1) est inopérant. Le reste de la Loi, à l'exception du par. 3(4) sur lequel aucune opinion n'est exprimée, peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le juge Wilson (dissidente): La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* ne saurait être sauvée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le gouvernement a tenté de justifier sa loi en faisant valoir qu'il s'agissait là d'une démonstration de son rôle de chef de file dans la lutte menée contre l'inflation. L'objectif du gouvernement était de persuader le grand public de conclure volontairement des contrats de travail conformes aux directives gouvernementales en matière de rémunération. Même si l'objectif de contrôler l'inflation revêtait, au moment de l'adoption de la Loi, une importance suffisante pour justifier une limitation de la liberté d'association, l'imposition de cette limitation uniquement aux salariés du secteur public fédéral n'était pas une mesure soigneusement conçue pour atteindre l'objectif en question et n'était pas conforme au critère énoncé par cette Cour dans l'arrêt *Oakes*. Les mesures adoptées étaient arbitraires et inéquitables. Elles ont été imposées à une main-d'œuvre captive, on ne s'attendait pas, de l'aveu même du gouvernement, à ce qu'elles aient un effet direct sur l'inflation et elles ne pouvaient absolument pas constituer un exemple de respect volontaire que d'autres pourraient suivre. En réalité, en adoptant la Loi, le gouvernement a retiré à ses salariés la

of voluntary compliance by either government and its employees.

(2) *Canadian Bill of Rights*

Per Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ.: The *Public Sector Compensation Restraint Act* did not violate s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The Act was enacted with a view to dampening inflationary expectations. This was a legislative objective which qualified as a "valid federal objective" pursuant to the jurisprudence interpreting s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, at least in the context of legislation directed at a labour market within undisputed federal regulatory competence. Further, in view of the important leadership role of the government in economic matters, the legislative focus on the public sector was not arbitrary. No opinion is expressed on s. 3(4) of the Act.

Per Wilson J. (dissenting): The singling out of federal public sector employees for mandatory controls offended s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The discriminatory treatment of these employees was not rationally related to the alleged government objective of voluntary restraint as a means of controlling inflation and was therefore an unwarranted departure from the principle of equality and universal application of the law embodied in the section.

Cases Cited

By Le Dain J.

Applied: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

By McIntyre J.

Applied: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

By Dickson C.J. (dissenting in part)

Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392 (Div. Ct.), rev'd

possibilité de se conformer volontairement aux indicateurs et a imposé un programme de respect obligatoire. Cela ne saurait être considéré comme un exemple de respect volontaire de la part du gouvernement ou de ses salariés.

(2) *La Déclaration canadienne des droits*

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest: La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* ne viole pas l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. La Loi a été adoptée dans le but de réduire les attentes inflationnistes. Cet objectif législatif peut être qualifié «d'objectif fédéral régulier» conformément à la jurisprudence qui a interprété l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, à tout le moins dans le cas d'une loi visant un marché du travail qui relève sans conteste de la compétence fédérale en matière de réglementation. En outre, l'important rôle de chef de file que joue le gouvernement en matière économique, justifie que la Loi soit axée sur le secteur public. Aucune opinion n'est exprimée sur le par. 3(4) de la Loi.

Le juge Wilson (dissidente): Le choix des salariés du secteur public fédéral comme cible des contrôles obligatoires est contraire à l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le traitement discriminatoire infligé à ces salariés n'avait pas de lien rationnel avec l'objectif gouvernemental allégué de restriction volontaire comme moyen de contrôler l'inflation et il s'écartait donc, de manière injustifiée, du principe de l'égalité et de l'application universelle de la loi, consacré par cet alinéa.

Jurisprudence

Citée par le juge Le Dain

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

Citée par le juge McIntyre

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

Citée par le juge en chef Dickson (dissident en partie)

Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392

(1984), 48 O.R. (2d) 225 (C.A.); *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503.

By Wilson J. (dissenting)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d).
Constitution Act, 1867.
Public Sector Compensation Restraint Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, ss. 2(1) "compensation", "compensation plan", 3, 4, 5, 6, 7, 9, 16, 17.

Authors Cited

Carter, D. D. "Collective Bargaining and Income Restraint Programs: The Legal Issues". In *Recent Public Sector Restraint Programs: Two Views*. Reprint Series No. 53. Kingston: Queen's University, Industrial Relations Centre, 1984.
House of Commons Debates, 1st Sess., 32nd Parl., 31 Eliz. II, 1982, pp. 18878, 18879 and 19182.
 Weiler, Paul. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswells, 1980.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1984] 2 F.C. 889, 11 D.L.R. (4th) 387, 11 C.R.R. 97, 55 N.R. 285, 84 CLLC ¶ 14,053, affirming a judgment of the Trial Division, [1984] 2 F.C. 562, 11 D.L.R. (4th) 337, 9 C.R.R. 248. Appeal dismissed, Dickson C.J. dissenting in part and Wilson J. dissenting.

Maurice W. Wright, Q.C., and *Peter W. Hogg, Q.C.*, for the appellant.

Eric Bowie, Q.C., and *Graham R. Garton*, for the respondent.

Valerie J. Matthews Lemieux and *W. Glenn McFetridge*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

John Cavarzan, Q.C., for the intervener the Attorney General for Ontario.

Réal A. Forest and *Gilles Grenier*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

(C. div.), inf. (1984), 48 O.R. (2d) 225 (C.A.); *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1b).
Loi constitutionnelle de 1867.
Loi sur les restrictions salariales du secteur public, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, art. 2(1) «régime de rémunération», «rémunération», 3, 4, 5, 6, 7, 9, 16, 17.

Doctrine citée

d Carter, D. D. «Collective Bargaining and Income Restraint Programs: The Legal Issues». In *Recent Public Sector Restraint Programs: Two Views*. Reprint Series No. 53. Kingston: Queen's University, Industrial Relations Centre, 1984.
 e *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} Sess., 32^e Légis., 31 Eliz. II, 1982, pp. 18878, 18879 et 19182.
 Weiler, Paul. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswells, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1984] 2 C.F. 889, 11 D.L.R. (4th) 387, 11 C.R.R. 97, 55 N.R. 285, 84 CLLC ¶ 14,053, qui a confirmé le jugement de la Division de première instance, [1984] 2 C.F. 562, 11 D.L.R. (4th) 337, 9 C.R.R. 248. Pourvoi rejeté, le juge en chef Dickson est dissident en partie et le juge Wilson est dissidente.

Maurice W. Wright, c.r., et *Peter W. Hogg, c.r.*, pour l'appelante.

Eric Bowie, c.r., et *Graham R. Garton*, pour l'intimée.

Valerie J. Matthews Lemieux et *W. Glenn McFetridge*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

John Cavarzan, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

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

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

Brian R. Burrows, for the intervener the Attorney General for Alberta.

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

Deborah E. Fry, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting in part)—This appeal raises the question whether the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122 violates the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether such violation can be justified under s. 1.

The *Charter* provisions relevant to this appeal include the following:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

- (a) freedom of conscience and religion;
- (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
- (c) freedom of peaceful assembly; and
- (d) freedom of association. [Emphasis added.]

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The appeal also raises a second issue, namely, whether the Act violates s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* which provides:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

- (b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

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

Brian R. Burrows, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

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

Deborah E. Fry, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident en partie)—Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, viole la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, celle de savoir si cette violation peut être justifiée en vertu de l'article premier.

Les dispositions de la *Charte* pertinentes en l'espèce sont notamment les suivantes:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

- a) liberté de conscience et de religion;
- b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;
- c) liberté de réunion pacifique;
- d) liberté d'association. [C'est moi qui souligne.]

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.

Le pourvoi soulève également une seconde question, celle de savoir si la Loi viole l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, qui porte:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

- b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

I

Facts and Legislation

The Public Service Alliance of Canada (PSAC) is a union representing approximately 168,000 employees of the federal government and its agencies. It brought an action in the Federal Court of Canada, Trial Division seeking a declaration that the *Public Sector Compensation Restraint Act* was of no force or effect by reason of inconsistency with the *Charter*, and was inoperative by reason of inconsistency with the *Canadian Bill of Rights*.

The *Public Sector Compensation Restraint Act* implements the federal government's "6 and 5" programme. It was enacted on August 4, 1982, but was deemed to come into force on June 29, 1982 (s. 17). Section 3 defines the scope of the Act. It covers employees of the federal government, employees of federal boards, commissions and corporations (as set out in Schedule II of the Act), employees of the Canadian Forces, the Royal Canadian Mounted Police and the Senate and House of Commons. Under s. 3(4), railway employees of Canadian Pacific Ltd., its subsidiaries, and a number of other privately owned railroads are also included in the scope of the Act.

The Act is aimed at ensuring that government employees' compensation plans accord with the government's restraint policy. In section 2(1), the terms "compensation" and "compensation plan" are defined broadly:

"compensation" means all forms of pay, benefits and perquisites paid or provided, directly or indirectly, by or on behalf of an employer to or for the benefit of an employee;

"compensation plan" means the provisions, however established, for the determination and administration of compensation, and includes such provisions contained in collective agreements or arbitral awards or established bilaterally between any employer and an

I

Les faits et la législation

L'Alliance de la Fonction publique du Canada (AFPC) est un syndicat qui représente environ 168 000 salariés du gouvernement fédéral et de ses organismes. Elle a intenté une action en Cour fédérale du Canada, Division de première instance, en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* est inopérante pour cause d'incompatibilité avec la *Charte* et avec la *Déclaration canadienne des droits*.

La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* met en œuvre le programme des «6 et 5» du gouvernement fédéral. Elle a été adoptée le 4 août 1982, mais a été réputée entrer en vigueur le 29 juin 1982 (art. 17). L'article 3 définit le champ d'application de la Loi. Elle s'applique aux salariés du gouvernement fédéral et des sociétés, corporations et organismes fédéraux (énumérés à l'annexe II de la Loi), aux salariés des Forces canadiennes, de la Gendarmerie royale du Canada ainsi que du Sénat et de la Chambre des communes. En vertu du par. 3(4), les salariés du Canadien Pacifique Ltée, de ses filiales et d'un certain nombre d'autres sociétés de chemin de fer privées sont aussi inclus dans le champ d'application de la Loi.

La Loi vise à assurer que les régimes de rémunération des salariés du gouvernement se conforment à sa politique de restriction. Au paragraphe 2(1), les termes «régimes de rémunération» et «rémunération» sont définis de manière générale:

«régime de rémunération» Ensemble de dispositions, quel que soit leur mode d'établissement, régissant la détermination et la gestion des rémunérations; constituent notamment des régimes de rémunération les dispositions de cette nature figurant dans les conventions collectives et les décisions arbitrales ou établies soit par accord entre un employeur et un salarié, soit par l'employeur seul, soit conformément à une loi du Parlement.

«rémunération» Toute forme de salaire ou de gratification versée, ou d'avantage accordé, directement ou

employee, unilaterally by an employer or by or pursuant to any Act of Parliament.

Under s. 4, a "compensation plan" in force on June 29, 1982 is extended automatically for a two-year period from the date upon which it was due to expire (s. 4(1)(b)), or from the date upon which an increase in wages was to take effect (s. 4(1)(a)). Under s. 9, the compensation plan, if part of a collective agreement or arbitral award, is increased by 6 per cent in the first twelve-month period and 5 per cent in the second twelve-month period. In any other case, the increase is by "not more than" 6 per cent and 5 per cent in the two respective twelve-month periods. If a compensation plan provides for an increase after June 29, 1982, the agreed upon increase is of no effect.

Section 5 deals with employees who were not subject to a compensation plan on June 29, 1982, for example those whose collective agreement expired before June 29, 1982, and who had not made a new agreement at the time the Act came into force. For such employees, the previous agreement is automatically extended for one year from its expiry date and, under s. 6(2), the Treasury Board is authorized to increase wages up to 9 per cent for that year. At the end of the year the two years of "6 and 5" commence (s. 4(1)).

Sections 6(1) and 7 are of particular importance. They read as follows:

6. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament except the *Canadian Human Rights Act* but subject to this section and section 7, the terms and conditions of

(a) every compensation plan that is extended under section 4 or 5, and

(b) every collective agreement or arbitral award that includes such a compensation plan,

indirectement, par un employeur ou en son nom à un salarié ou à son profit.

En vertu de l'art. 4, un «régime de rémunération» en vigueur le 29 juin 1982 était automatiquement prorogé pour une période de deux ans à compter de la date prévue pour son expiration (al. 4(1)(b)) ou de la date où devait survenir une augmentation des salaires (al. 4(1)(a)). En vertu de l'art. 9, le régime de rémunération, qui fait partie intégrante d'une convention collective ou d'une décision arbitrale, est haussé de 6 pour 100 la première année et de 5 pour 100 la seconde année. Dans les autres cas, la hausse est «d'un maximum de» 6 pour 100 et de 5 pour 100 pour les deux années respectivement. Si un régime de rémunération prévoit une hausse postérieure au 29 juin 1982, la hausse convenue ne s'applique pas.

L'article 5 traite des salariés qui n'étaient pas assujettis à un régime de rémunération le 29 juin 1982, comme par exemple ceux dont la convention collective avait expiré avant le 29 juin 1982 et qui n'en avaient pas conclu une nouvelle au moment de l'entrée en vigueur de la Loi. Pour ces salariés, la convention collective antérieure est automatiquement prorogée d'un an à compter de sa date d'expiration et, en vertu du par. 6(2), le Conseil du Trésor est autorisé à accorder une augmentation salariale de 9 pour 100 tout au plus pour cette année. À la fin de l'année, les deux années de «6 et 5» commencent à courir (par. 4(1)).

Le paragraphe 6(1) et l'art. 7 revêtent une importance particulière. Ils sont ainsi conçus:

6. (1) Par dérogation à toute autre loi du Parlement, à l'exception de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, mais sous réserve du présent article et de l'article 7, les dispositions d'un régime de rémunération prorogé en vertu des articles 4 ou 5 ou d'une convention collective ou décision arbitrale qui comporte un pareil régime demeurent en vigueur sans modification, sous

shall, subject to this Part, continue in force without change for the period for which the compensation plan is extended.

7. The parties to a collective agreement, or the persons bound by an arbitral award, that includes a compensation plan that is extended under section 4 may, by agreement, amend any terms and conditions of the collective agreement or arbitral award other than wage rates or other terms and conditions of the compensation plan.

For present purposes, it is sufficient to observe that s. 6(1)(a), by continuing in force the terms and conditions of compensation plans, precludes collective bargaining on compensatory components of collective agreements. Section 6(1)(b) similarly precludes collective bargaining on all issues, including non-compensatory matters, subject to the operation of s. 7. As I understand s. 7, it permits the parties to a collective agreement to amend non-compensatory terms and conditions by agreement only. It does not, in my view, authorize employees to strike or to submit proposed amendments to binding arbitration.

The only other provision to which I wish to refer is s. 16. Under this section, the Governor in Council is empowered to terminate the application of the Act in respect of an employee or a group of employees to which the Act applies.

II

Judgments

(i) *Federal Court Trial Division*

Madame Justice Reed began with an analysis of the effects of the Act: [1984] 2 F.C. 562. She rejected the submissions of the Attorney General of Canada that: (i) collective bargaining with

réserve de la présente partie, pendant la période de prorogation.

7. Les parties à une convention collective, ou les personnes visées par une décision arbitrale, qui comporte un régime de rémunération prorogé en vertu de l'article 4 peuvent s'entendre pour modifier les dispositions de la convention ou de la décision, à l'exception des taux de salaire et des autres dispositions du régime.

Pour les fins de l'espèce, il suffit de faire observer que le par. 6(1) de la Loi («les dispositions d'un régime de rémunération prorogé en vertu des articles 4 ou 5», ci-après appelé le premier élément) en maintenant en vigueur les dispositions des régimes de rémunération, interdit toute négociation collective sur les conditions de rémunération stipulées dans les conventions collectives. Le paragraphe 6(1) de la Loi («[les dispositions] d'une convention collective ou décision arbitrale qui comporte un pareil régime», ci-après appelé le deuxième élément) interdit également toute négociation collective, sur quelque question que ce soit, y compris celles qui ne sont pas relatives à la rémunération, sous réserve de l'art. 7. Si je comprends bien, l'art. 7 autorise les parties à une convention collective à en modifier les conditions autres que celles qui ont trait à la rémunération uniquement si elles s'entendent pour le faire. À mon avis, il n'autorise pas les employés à faire la grève ou à soumettre des projets de modification à l'arbitrage exécutoire.

La seule autre disposition que je tiens à mentionner est l'art. 16. En vertu de cet article, le gouverneur en conseil peut mettre fin à l'application de la Loi à l'égard de salariés ou de groupes de salariés qu'elle vise.

II

Les jugements

(i) *La Division de première instance de la Cour fédérale*

Le juge Reed a commencé par analyser les effets de la Loi: [1984] 2 C.F. 562. Elle a rejeté les prétentions du procureur général du Canada selon lesquelles: i) il était encore possible, en vertu de la

respect to compensation items was possible under the Act, with the approval of the Governor in Council, through the mechanism of s. 16; and (ii) collective bargaining with respect to non-compensation matters was possible pursuant to s. 7. In her view, these provisions did not preserve any meaningful right to collective bargaining (at p. 577):

Those sections prescribe ways in which collective agreements can be changed: under section 7 by Treasury Board; under section 16 with the approval of the Governor in Council. But to prescribe ways by which collective agreements can be changed is not synonymous with preserving a right to collective bargaining. I do not see how collective bargaining can be retained when the ability to collectively withdraw services is not retained by the employees. And, this is ruled out by the operation of section 6 of the Restraint Act and section 101 of the *Public Service Staff Relations Act*, as noted above. What the Restraint Act allows is for employees to make requests for changes and for Treasury Board to consent to such requests when they relate to non-compensation items and for the Governor in Council to consent to such requests when they relate to compensation matters. But there is no element of bargaining in this. Bargaining involves a giving and taking, it involves more than just the right to make requests. We would not say that a person was free to bargain if he were compelled to purchase an article. We would not say that a person was free to bargain if he was compelled to sell an article. Similarly, I do not think one can say that a right to collective bargaining is preserved if there is no right to collectively withdraw services.

According to Reed J., however, freedom to bargain collectively is not encompassed by freedom of association. Section 2(d) of the *Charter* guarantees trade unions the right to join together, to pool economic resources, to solicit other members, to choose their own internal organizational structures, to advocate their views to employees and to the public at large, and not to suffer any prejudice or coercion by the employer or the state because of such activities. The right to bargain collectively and the right to strike were not held to be elements of freedom of association. Accordingly, Reed J. concluded that, though the *Public Sector Compensation Restraint Act* suspended the right to

Loi, de négocier les questions de rémunération avec l'approbation du gouverneur en conseil, grâce aux dispositions de l'art. 16, et (ii) la négociation des questions autres que la rémunération était encore possible en vertu de l'art. 7. À son avis, ces dispositions ne préservent aucun droit véritable à la négociation collective (à la p. 577):

Ces articles déterminent les manières possibles de modifier les conventions collectives: en vertu de l'article 7, elles peuvent l'être par le conseil du Trésor et, en vertu de l'article 16, avec l'approbation du gouverneur en conseil. Toutefois, le fait de prescrire de quelle manière les conventions collectives peuvent être modifiées n'équivaut pas à préserver le droit à la négociation collective. Je ne vois pas comment la négociation collective peut être maintenue lorsque les salariés perdent la capacité de cesser collectivement de fournir des services, et ce, comme je l'ai fait remarquer plus haut, par l'application de l'article 6 de la Loi sur les restrictions et de l'article 101 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. La Loi sur les restrictions autorise en fait les salariés à présenter des demandes de modifications auxquelles peut consentir le conseil du Trésor, lorsqu'il s'agit d'éléments non relatifs à la rémunération, ou le gouverneur en conseil, lorsqu'il s'agit de modifications relatives à la rémunération. On ne peut parler de négociation dans un tel cas. La négociation comporte la possibilité de faire des concessions sur certaines choses et d'en obtenir d'autres; elle nécessite plus que le simple droit de présenter des demandes. On ne dirait pas qu'une personne est libre de négocier si elle est contrainte à acheter un article, ni qu'elle est libre de négocier si elle est contrainte à vendre un article. De la même façon, je ne crois pas que l'on puisse affirmer que le droit de négocier collectivement est préservé lorsqu'il n'existe pas de droit de cesser collectivement de fournir des services.

Toutefois, d'après le juge Reed, la liberté de négocier collectivement n'est pas incluse dans la liberté d'association. L'alinéa 2d) de la *Charte* garantit aux syndicats le droit de se constituer, de mettre en commun des ressources économiques, de recruter d'autres membres, de choisir leurs propres structures d'organisation interne, de faire valoir leurs points de vue auprès des employés et du public en général et de ne subir aucun préjudice ni aucune contrainte de la part du patronat ou de l'État du fait de telles activités. On n'a pas jugé que le droit de négocier collectivement et le droit de grève constituent des éléments de la liberté d'association. En conséquence, le juge Reed a

bargain which federal public servants would otherwise have had, it did not infringe s. 2(d) of the *Charter*.

Reed J. held that if the freedom to bargain collectively, including the right to strike, were constitutionally guaranteed under s. 2(d), the *Public Sector Compensation Restraint Act* would not be saved by s. 1. She found that, although inflation was a serious problem which required government intervention at the time the Act was introduced, when the economic benefit to society was weighed against the cost of infringement of fundamental rights, the Act was not justified under s. 1. In her view, the indirect effect on inflation which the Act might achieve was not sufficiently substantial to justify an abridgment of a constitutionally guaranteed freedom.

With respect to the *Canadian Bill of Rights*, Reed J. held that the Act did not violate the right of federal public employees to equality before the law as guaranteed by s. 1(b). According to her, the legislation did not impose wage restraints on an arbitrarily selected group of employees (at p. 607):

I could accept that restraint legislation which limited wage rises by 'all blue-eyed people' or 'all nurses' or any other group of society arbitrarily selected and whose wages were not shown to be a particularly significant cause of inflation would not meet the test of a valid federal objective. However, in the instant case the government is really legislating as employer. It is not appreciably different from an employer who says to his employees that despite negotiated contracts the economic situation is such that all must take wage reductions or the company will fold. The government, of course, is not likely to go bankrupt. It is this that places public servants in a greater position of security than the work force as a whole, and indeed may place public service unions in a stronger bargaining position. In any event, while it is not free from doubt, I would hold that [the] employer-employee relationship between the government and those challenging the Restraint Act in this case is such as to constitute a sufficient nexus or justification to meet the test of a valid federal objective in the

statué que, même si la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* suspendait le droit de négocier dont jouissaient par ailleurs les fonctionnaires fédéraux, elle n'enfreignait pas l'al. 2d) de la *Charte*.

Le juge Reed a conclu que si la liberté de négocier collectivement, y compris le droit de grève, étaient constitutionnellement garantis par l'al. 2d), la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* ne serait pas sauvegardée en vertu de l'article premier. Elle a conclu que, même si l'inflation constituait un problème sérieux qui exigeait une intervention gouvernementale à l'époque de l'introduction de la Loi, alors qu'on soupesait l'avantage économique pour la société et le coût d'une violation de droits fondamentaux, la Loi n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. À son avis, l'effet indirect que la Loi pourrait avoir sur l'inflation n'était pas suffisamment important pour justifier une atteinte à une liberté garantie par la Constitution.

Pour ce qui est de la *Déclaration canadienne des droits*, le juge Reed a conclu que la Loi ne violait pas le droit des salariés du secteur public fédéral à l'égalité devant la loi, garanti par l'al. 1b). D'après elle, la Loi n'impose pas de restrictions salariales à un groupe d'employés choisi arbitrairement (à la p. 607):

Je pourrais accepter qu'une loi limitant les hausses de traitement de «toutes les personnes aux yeux bleus» ou de «toutes les infirmières» ou de tout autre groupe de la société choisi de façon arbitraire et dont il est démontré que les salaires ne constituent pas une cause importante de l'inflation, ne satisfait pas au critère d'un objectif fédéral régulier. Toutefois, en l'espèce, le gouvernement légifère réellement à titre d'employeur. La situation n'est pas vraiment différente de celle de l'employeur qui annonce à ses employés que malgré les contrats négociés, la situation économique est telle qu'ils doivent accepter des réductions salariales parce que, sans ces réductions, l'entreprise devra fermer ses portes. Évidemment, le gouvernement n'est pas susceptible de faire faillite. C'est pour cela que les fonctionnaires ont une meilleure sécurité d'emploi que l'ensemble de la main-d'œuvre et c'est peut-être aussi ce qui donne aux syndicats de la Fonction publique une base de négociation plus solide. De toute façon, même s'il subsiste des doutes, je décide que la relation employeur-employé qui

sense that that phrase has been used in the jurisprudence.

(ii) *The Federal Court of Appeal*

The appeal was dismissed, [1984] 2 F.C. 889.

a) Mahoney J. (Hugessen J. concurring)

According to Mahoney J., the right of freedom of association guaranteed by the *Charter* is the right to enter into consensual arrangements, but does not protect the objects of the association nor the means of attaining those objects. While collective bargaining is the primary means by which organized labour expects to attain its principal object, the economic betterment of its membership, it remains a means and it is, therefore, not guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*.

Mahoney J., although acknowledging that his remarks on this point, like those of the trial judge, were *obiter dicta*, commented on the difficulties faced by the courts in considering macro-economic policy issues under s. 1 of the *Charter*. He suggested that macro-economic expertise, while useful to explain terms of art, was not generally a sound basis "upon which a court should be expected to pronounce, on a balance of probabilities, the one true path" (p. 896). He added that the difficulty posed to the courts arose from the absence of a generally accepted orthodoxy against which to measure particular opinions of appropriate government policy.

On the *Canadian Bill of Rights* issue, Mahoney J. held that the Act was a wage control measure applied to an identifiable group. It therefore had a valid federal objective and did not violate s. 1(b). The reasonableness of the means chosen to achieve the objective is not, according to Mahoney J., part of the valid federal objective test.

existe entre le gouvernement et ceux qui contestent la Loi sur les restrictions en l'espèce, constitue un lien suffisant ou une justification suffisante pour satisfaire au critère de l'objectif fédéral régulier au sens que la jurisprudence donne à cette expression.

(ii) *La Cour d'appel fédérale*

L'appel a été rejeté, [1984] 2 C.F. 889.

b) a) Le juge Mahoney (aux motifs duquel a souscrit le juge Hugessen)

D'après le juge Mahoney, le droit à la liberté d'association, garanti par la *Charte*, est le droit de conclure des ententes, mais il ne protège ni les objectifs de l'association, ni les moyens d'atteindre ces objectifs. Alors que la négociation collective constitue le principal moyen par lequel un mouvement syndical compte atteindre son principal objectif, l'amélioration de la situation économique de ses membres, elle demeure un moyen et n'est donc pas garantie par l'al. 2d) de la *Charte*.

Le juge Mahoney, tout en reconnaissant que ses observations sur le sujet, comme celles du juge de première instance, étaient des opinions incidentes, parle des difficultés auxquelles les tribunaux sont confrontés quand ils ont à examiner des questions de politique macro-économique en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il laisse entendre que l'expertise macro-économique, si elle peut servir à expliquer des termes techniques, ne saurait en général constituer un fondement solide «sur lequel un tribunal peut s'appuyer pour déterminer, selon la prépondérance des probabilités, la voie qu'il faut suivre» (p. 896). Il ajoute que la difficulté à laquelle les tribunaux doivent faire face tient à l'absence d'une orthodoxy généralement reconnue qui puisse servir de point de repère pour évaluer les différentes théories sur la politique gouvernementale à suivre.

Quant à la *Déclaration canadienne des droits*, le juge Mahoney conclut que la Loi constitue une mesure de contrôle salarial qui s'applique à un groupe identifiable. Elle a donc un objectif fédéral régulier et ne viole pas l'al. 1b). Le caractère raisonnable des moyens choisis pour atteindre cet objectif ne fait pas partie, selon le juge Mahoney, du critère de l'objectif fédéral régulier.

b) Marceau J. (concurring in result)

According to Marceau J., the phrase "freedom of association" is not broad enough to encompass the right to strike. He maintained that courts should not construct edifices of policy without regard to the plain meaning of the words of the *Charter*.

Marceau J. pointed out that the interpretation given to s. 1 of the *Charter* by the trial judge was not one he was prepared to endorse.

Furthermore, the Act did not violate the right of the federal public employees to equality before the law under s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. In imposing wage controls on one group of employees only, Parliament was attempting to achieve the valid federal objective of curbing inflation. In so doing, it had adopted a means reasonable enough to force one to reject any thought of discrimination.

III

The Constitutional Questions

The constitutional questions were stated as follows:

1. Does the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, infringe upon the freedom of association guaranteed in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Is the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Does the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, infringe upon the right to "equality before the law" recognized in s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III?

IV

Section 2(d) of the *Charter* and the *Public Sector Compensation Restraint Act*

For the reasons I have given in the *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (hereinafter *Alberta Labour*

b) Le juge Marceau (motifs concordants quant au résultat)

D'après le juge Marceau, l'expression «liberté d'association» n'est pas suffisamment large pour englober le droit de grève. Il maintient que les tribunaux ne doivent pas établir des ensembles de politiques sans avoir égard au sens ordinaire des termes de la *Charte*.

Le juge Marceau souligne qu'il n'est pas prêt à accepter l'interprétation que le juge de première instance donne à l'article premier de la *Charte*.

En outre, la Loi ne viole pas le droit des salariés du secteur public fédéral à l'égalité devant la loi, que garantit l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. En imposant le contrôle des salaires à un groupe de salariés seulement, le législateur fédéral tentait de réaliser un objectif fédéral régulier, soit juguler l'inflation. Ce faisant, il a eu recours à un moyen suffisamment raisonnable pour qu'on soit obligé de rejeter toute idée de discrimination.

III

Les questions constitutionnelles

Voici les questions constitutionnelles qui ont été formulées:

1. La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, empiète-t-elle sur la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, est-elle justifiée en fonction de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, empiète-t-elle sur le droit à «l'égalité devant la loi» reconnu à l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III?

IV

L'alinéa 2d) de la *Charte* et la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*

Pour les raisons que j'ai données dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (ci-après le

Reference), released concurrently, I believe that freedom of association in the labour relations context includes the freedom to participate in determining conditions of work through collective bargaining and the right to strike. The *Public Sector Compensation Restraint Act*, by automatically extending the terms and conditions of collective agreements and arbitral awards and by fixing wage increases for a two-year period, infringes the freedom of public sector employees to engage in collective bargaining.

This conclusion is not altered by s. 7 of the Act which, as noted above, permits parties to a collective agreement to agree to "amend any terms and conditions of the collective agreement or arbitral award other than wage rates or other terms and conditions of the compensation plan." Nor is it altered by s. 16 which permits the Governor in Council to suspend the operation of the Act in respect of an employee or group of employees. A union has no effective bargaining power under either of these provisions since it lacks the legal capacity to withdraw services collectively or even to remit a dispute to binding arbitration. As I have noted in the *Alberta Labour Reference*, freedom to strike is a necessary incident of collective bargaining. Without the capacity to strike or to submit a dispute to binding arbitration, employees seeking non-compensatory amendments under s. 7, or employees requesting the Governor in Council to suspend the operation of the Act are not in an effective position to bargain. As Reed J. stated: "Bargaining involves a giving and taking, it involves more than just the right to make requests" (p. 577).

I conclude that the *Public Sector Compensation Restraint Act* impairs the freedom to bargain collectively both in respect of compensatory matters and in respect of other matters and therefore limits

Renvoi relatif aux relations de travail en Alberta), dont les motifs sont prononcés en même temps que le présent arrêt, je crois que la liberté d'association, dans le contexte des relations de travail, comprend la liberté de participer à la détermination des conditions de travail par la négociation collective et le droit de grève. La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, en prorogeant automatiquement l'application des modalités des conventions collectives et des décisions arbitrales et en fixant les hausses salariales pour une période de deux ans, porte atteinte à la liberté des salariés du secteur public de négocier collectivement.

Cette conclusion n'est pas modifiée par l'art. 7 de la Loi qui, comme je l'ai noté précédemment, autorise les parties à une convention collective à s'entendre pour «modifier les dispositions de la convention ou de la décision, à l'exception des taux de salaire et des autres dispositions du régime». Elle ne l'est pas non plus par l'art. 16 qui autorise le gouverneur en conseil à mettre fin à l'application de la Loi à l'égard d'un salarié ou d'un groupe de salariés. Un syndicat n'a aucun pouvoir réel de négociation en vertu de l'une ou de l'autre de ces dispositions, puisqu'il n'a pas la capacité légale de cesser collectivement de fournir des services, ni même de soumettre un différend à l'arbitrage exécutoire. Comme je l'ai affirmé dans le *Renvoi relatif aux relations de travail en Alberta*, la liberté de faire grève est nécessairement accessoire à la négociation collective. Sans la capacité de faire grève ou de soumettre un différend à l'arbitrage exécutoire, les salariés qui souhaitent apporter des modifications non liées à la rémunération en vertu de l'art. 7, ou ceux qui demandent au gouverneur en conseil de suspendre l'application de la Loi, ne sont pas vraiment en mesure de négocier. Comme le juge Reed l'a dit: «La négociation comporte la possibilité de faire des concessions sur certaines choses et d'en obtenir d'autres; elle nécessite plus que le simple droit de présenter des demandes» (p. 577).

Je conclus que la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* porte atteinte à la liberté de négocier collectivement, tant en matière de rémunération qu'en d'autres matières, et limite

freedom of association as guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*.

V

Section 1

The respondent submits that even if the *Public Sector Compensation Restraint Act* violates freedom of association as guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*, the Act can be upheld under s. 1. No question arises as to whether the limits on freedom of association imposed by the *Public Sector Compensation Restraint Act* are "prescribed by law", as the legislation is duly enacted by a properly constituted legislature.

The general principles under which a s. 1 inquiry is to be conducted are to be found in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and most recently in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In brief, the inquiry involves two steps: 1) assessing the importance of the objective underlying the impugned law, and 2) assessing the proportionality of the means employed to achieve the purpose pursued. The onus of proving the constituent elements of a s. 1 analysis is on the party seeking to justify the limit.

(i) *The Legislative Objective: The Reduction of Inflation*

A legislative objective for imposing measures which limit a *Charter* right or freedom must be of sufficient importance to warrant overriding such a right or freedom: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* It must relate to a concern which is pressing and substantial in a free and democratic society: *R. v. Oakes*, at pp. 138-39. In the present case, though there is no explicit indication of Parliament's objective in the Act, it is apparent that the general or overriding purpose for enacting the *Public Sector Compensation Restraint Act* was the reduction of inflation. This is, in my view, an objective of sufficient importance for the purpose of s. 1.

donc la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*.

V

L'article premier

L'intimée fait valoir que, même si la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* viole la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*, elle peut être maintenue en vertu de l'article premier. La question de savoir si les limites à la liberté d'association qu'impose la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* sont prescrites «par une règle de droit» ne se pose pas puisqu'il s'agit d'une loi dûment adoptée par un corps législatif régulièrement constitué.

Les principes généraux qui doivent régir une analyse en vertu de l'article premier se retrouvent dans les arrêts *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. En bref, l'analyse comporte deux étapes: 1) l'évaluation de l'importance de l'objet sous-jacent à la loi contestée, et 2) l'évaluation de la proportionnalité des moyens employés pour atteindre le but recherché. C'est à la partie qui cherche à justifier la restriction qu'il incombe de faire la preuve des éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier.

(i) *L'objectif législatif: réduire l'inflation*

L'objectif législatif poursuivi en imposant des mesures qui limitent un droit ou une liberté garantis par la *Charte* doit être suffisamment important pour justifier la suppression de ce droit ou de cette liberté: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* Il doit se rapporter à une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique: *R. c. Oakes*, à la p. 139. En l'espèce, bien qu'il n'y ait pas d'indication explicite de l'objectif du législateur fédéral dans la Loi, il est évident que le but général et premier de l'adoption de la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* était de réduire l'inflation. C'est là à mon avis un objectif

Inflation at the time of the Act's passage was a serious problem. The evidence established that wage and price inflation had reached double digit levels, that Canada's inflation rate was exceeding that of the United States, and that the monetary and fiscal restraint policies of 1979 were not having a significant effect.

The trial judge noted that three of the four economists at trial agreed that inflation was a serious problem in 1982 and one which required government intervention. It should be noted in this regard that in *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, a majority of this Court was not prepared to conclude that Parliament was wrong in considering the inflationary experience of the early 1970's to amount to a situation of economic crisis imperilling the well-being of the people of Canada as a whole and requiring Parliament's stern intervention: see p. 425, *per* Laskin C.J. and p. 439, *per* Ritchie J. Accordingly, the *Anti-Inflation Act*, S.C. 1974-75-76, c. 75, was held to be valid pursuant to the federal government's peace, order and good government power. The seriousness of inflation underlined by the Court's decision in *Re Anti-Inflation Act* supports the characterization of Parliament's objective in the present case as relating to a "pressing and substantial concern". I am of the opinion, therefore, that the objective of reducing inflation was, at the time of passage of the Act, an objective of sufficient importance for the purpose of s. 1 of the *Charter*.

I would add that it is unnecessary in the present case to determine whether the inflation which led to the enactment of the legislation under review amounted to an economic crisis or emergency such that Parliament could, on the authority of the *Anti-Inflation Act* case, have imposed controls on employees falling outside its traditional labour relations jurisdiction, and I refrain from so doing. A "pressing and substantial concern" need not amount to an emergency.

d'une importance suffisante pour les fins de l'article premier. L'inflation à l'époque de l'adoption de la Loi constituait un problème grave. La preuve a été faite que l'inflation des salaires et des prix avait atteint des niveaux records, que le taux d'inflation au Canada était supérieur à celui des États-Unis et que les politiques monétaires et financières de restriction de 1979 n'avaient pas d'effet important.

Le juge de première instance a fait observer que trois des quatre économistes cités à témoigner au procès ont convenu que l'inflation était en 1982 un problème grave qui requérait une intervention gouvernementale. Il faut se rappeler à cet égard que, dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, cette Cour à la majorité n'était pas disposée à conclure que le législateur fédéral avait tort de considérer la poussée inflationniste du début des années 70 comme un état de crise économique qui mettait en péril le bien-être de l'ensemble de la population canadienne et qui exigeait une intervention vigoureuse de sa part: voir, à la p. 425, le juge en chef Laskin et, à la p. 439, le juge Ritchie. C'est pourquoi la *Loi anti-inflation*, S.C. 1974-75-76, chap. 75, a été jugée valide en raison de la compétence que possède le gouvernement fédéral en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement. La gravité de l'inflation, soulignée par la Cour dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, justifie la qualification de l'objectif du législateur fédéral en l'espèce comme se rapportant à une «préoccupation urgente et réelle». Je suis donc d'avis que l'objectif de réduire l'inflation était, à l'époque de l'adoption de la Loi, un objectif d'une importance suffisante pour les fins de l'article premier de la *Charte*.

J'ajouterais qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de déterminer si l'inflation qui a entraîné l'adoption de la loi en cause a engendré un état de crise économique ou une situation d'urgence telle que le législateur fédéral aurait pu, par application du *Renvoi: Loi anti-inflation*, imposer aux salariés des contrôles se situant en dehors de sa compétence traditionnelle en matière de relations de travail, et aussi m'abstiendrai-je de le faire. Une «préoccupation urgente et réelle» n'a pas à équivaloir à un état d'urgence.

(ii) *Are the Limits Imposed by the Public Sector Compensation Restraint Act a Proportionate Means for Achieving Parliament's Objective?*

In *R. v. Oakes, supra*, three criteria were suggested which are useful in assessing proportionality under s. 1: 1) there must be a rational connection between the measure and the objective it is to serve; 2) the measure should impair as little as possible the right or freedom in question; and 3) the deleterious effects of the measure must be justifiable in light of the objective it is to serve. In the present appeal, we must determine whether it was reasonable and demonstrably justified for the legislators to try to achieve their objective of combatting inflation by suspending virtually all collective bargaining for two years and mandating specific non-inflationary compensation increases for federal public employees.

Both at trial and in argument before this Court, considerable attention was focused on whether the imposition of compensation controls on a relatively small proportion of the labour force was an effective strategy for fighting inflation. The appellant maintained that such controls were merely a secondary or supplementary means of controlling inflation. Furthermore, since the controls were directed at only 5 per cent of the Canadian labour force, it was argued that the controls would not directly affect the level of inflation in a significant way. Any wider impact on inflation in the economy in general was said to be merely indirect and speculative, and dependent on the controls having a psychological effect on the expectations of employees beyond the ambit of the Act.

The respondent did not dispute that the controls programme was a secondary rather than a primary measure for fighting inflation. It was also acknowledged by the government that the role of wage controls in curbing inflation in general was indirect rather than direct. Nonetheless, the respondent submitted in its factum that the Act "was a reasonable and appropriate course of action to supplement and assist the government's monetary policies for the purpose of ameliorating infla-

(ii) *Les restrictions imposées par la Loi sur les restrictions salariales du secteur public constituent-elles un moyen proportionné de réaliser l'objectif du législateur?*

^a Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, trois critères ont été avancés qui paraissent fort utiles lorsqu'on évalue la proportionnalité en vertu de l'article premier: 1) il doit y avoir un lien rationnel entre la mesure et l'objectif poursuivi; 2) la mesure doit porter atteinte le moins possible au droit ou à la liberté en question, et 3) les effets préjudiciables de la mesure doivent être justifiables, compte tenu de l'objectif poursuivi. En l'espèce, nous devons ^c décider s'il était raisonnable et justifié, d'une manière démontrable, pour le législateur de tenter d'atteindre son objectif de juguler l'inflation en suspendant pratiquement toute négociation collective pour deux ans et en imposant certaines hausses salariales non inflationnistes aux salariés du secteur public fédéral. ^d

Tant en première instance qu'au cours du débat devant cette Cour, on a prêté une attention considérable à la question de savoir si l'imposition des contrôles de la rémunération des salariés du secteur public constitue une stratégie efficace de lutte contre l'inflation. L'appelante soutient que ces contrôles ne sont qu'un moyen secondaire ou complémentaire de contrôler l'inflation. De plus, comme les contrôles ne visaient que 5 pour 100 de la main-d'œuvre canadienne, on a fait valoir qu'ils ne pouvaient influencer directement et sensiblement ^g sur le niveau de l'inflation. Tout autre effet plus considérable sur l'inflation sur le plan de l'économie en général était, a-t-on dit, purement indirect et hypothétique et était fonction de l'effet psychologique des contrôles sur les attentes des salariés non visés par la Loi. ^h

L'intimée n'a pas contesté que le programme de contrôles était une mesure secondaire plutôt qu'une mesure primaire de lutte contre l'inflation. Le gouvernement a également reconnu que le rôle du contrôle des salaires dans la lutte contre l'inflation en général était indirect plutôt que direct. Néanmoins, l'intimée soutient dans son mémoire que la Loi [TRADUCTION] «constituait une mesure raisonnable et appropriée qui venait compléter et seconder les politiques monétaires gouvernementa-

tion, to the considerable benefit of society as a whole". (Emphasis added.)

In my opinion, courts must exercise considerable caution when confronted with difficult questions of economic policy. It is not our judicial role to assess the effectiveness or wisdom of various government strategies for solving pressing economic problems. The question how best to combat inflation has perplexed economists for several generations. It would be highly undesirable for the courts to attempt to pronounce on the relative importance of various suggested causes of inflation, such as the expansion of the money supply, fiscal deficits, foreign inflation, or the built-in inflationary expectations of individual economic actors. A high degree of deference ought properly to be accorded to the government's choice of strategy in combatting this complex problem. Due deference must be paid as well to the symbolic leadership role of government. Many government initiatives, especially in the economic sphere, necessarily involve a large inspirational or psychological component which must not be undervalued. The role of the judiciary in such situations lies primarily in ensuring that the selected legislative strategy is fairly implemented with as little interference as is reasonably possible with the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. Thus, in the present case, I am prepared to accept the respondent's submission that compensation controls, even if limited to a select class of employees, could reasonably have been expected to have a positive, albeit partial and indirect, impact on combatting inflation in the economy in general. I am also prepared to accept that the temporary suspension of collective bargaining on compensation issues was a justifiable infringement of freedom of association having regard to the third limb of the proportionality test.

The conclusion that selective controls could reasonably have been considered to be an effective strategy does not, however, conclude the analysis

les dans le but de réduire l'inflation, pour le plus grand profit de l'ensemble de la société». (C'est moi qui souligne.)

a À mon avis, les tribunaux doivent faire preuve de prudence considérable lorsqu'ils sont confrontés à des questions difficiles de politique économique. Il n'appartient pas à la magistrature d'évaluer l'efficacité ou la sagesse des diverses stratégies gouvernementales adoptées pour résoudre des problèmes économiques urgents. La question de la meilleure forme de lutte contre l'inflation embarrasse les économistes depuis plusieurs générations. Il ne serait guère souhaitable que les tribunaux tentent de se prononcer sur l'importance relative de ce qui, croit-on, cause l'inflation, comme l'expansion de la masse monétaire, les déficits fiscaux, l'inflation étrangère ou les perspectives inflationnistes inhérentes de divers acteurs économiques individuels. C'est à bon droit qu'une grande déférence doit être manifestée envers le choix par le gouvernement d'une stratégie pour combattre ce problème complexe. Il faut aussi dûment respecter le rôle symbolique de chef de file que joue le gouvernement. Bien des initiatives gouvernementales, spécialement dans le domaine économique, comportent nécessairement une importante composante psychologique ou incitative qu'on ne saurait sous-évaluer. Le rôle du pouvoir judiciaire dans de telles situations consiste premièrement à assurer que la stratégie législative choisie est équitablement mise en œuvre et qu'elle porte atteinte aussi peu que raisonnablement possible aux droits et libertés garantis par la *Charte*. Ainsi, en l'espèce, je suis prêt à accepter l'argument de l'intimée portant qu'on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce que le contrôle de la rémunération, même limité à une catégorie choisie de salariés, ait un effet positif, quoique partiel et indirect, sur la lutte contre l'inflation dans l'économie en général. Je suis également disposé à reconnaître que la suspension provisoire de la négociation collective en matière de rémunération constitue une entorse justifiable à la liberté d'association, compte tenu du troisième volet du critère de la proportionnalité.

j Conclure que les contrôles sélectifs auraient pu raisonnablement être considérés comme une stratégie efficace ne met pas fin cependant à l'analyse à

under s. 1. It is still necessary to examine the provisions of the *Public Sector Compensation Restraint Act* to determine whether constitutionally guaranteed freedoms are abridged arbitrarily or without reason. As stated in *R. v. Oakes, supra*, the measures adopted must not be "arbitrary, unfair or based on irrational considerations" and they should "impair as little as possible" the right or freedom in question.

There are, I believe, three elements of the controls programme that require careful scrutiny in light of these requirements. First, the Act is directed at federal public sector employees and railway employees and subjects them to harsher treatment than other members of the labour force under federal jurisdiction. Second, the legislation precludes collective bargaining not only on wage issues, but on all matters falling within the definition of a "compensation plan" under s. 2(1). Finally, the *Public Sector Compensation Restraint Act* denies effective collective bargaining on non-compensatory issues by virtue of s. 6(1)(b). These aspects of the "6 and 5" legislation raise the possibility that the legislation is overbroad in its sweep or arbitrary in its focus.

Turning to the first concern, the issue in the present case is whether the legislative focus on public sector employees is rationally connected to the legislative purpose. As I have noted above, s. 3(4) of the Act makes the controls programme applicable to employees of certain railway companies. In this appeal, it is unnecessary to consider s. 3(4). The appellant union does not represent the railway workers. Nor was any argument centered on the inclusion of this group. It may be that there existed some rational basis for the seemingly anomalous inclusion of railway employees and I wish to express no opinion on the validity of s. 3(4) in a case that has been argued on behalf of and with respect to an entirely different group of employees.

laquelle il faut procéder en vertu de l'article premier. Il est encore nécessaire d'étudier les dispositions de la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* pour déterminer si les libertés garanties par la Constitution s'en trouvent diminuées arbitrairement ou sans raison. Comme il a été dit dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, les mesures adoptées ne doivent être «ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles» et être de nature à «porter le moins possible atteinte» au droit ou à la liberté en question.

Il y a, je pense, trois éléments du programme de contrôles qui méritent une attention particulière compte tenu de ces exigences. En premier lieu, la Loi vise les salariés du secteur public fédéral et des chemins de fer et les soumet à un traitement plus dur que les autres membres de la population active relevant de la compétence fédérale. En deuxième lieu, la Loi interdit toute négociation collective non seulement en matière de rémunération mais aussi en ce qui concerne toutes les matières englobées par la définition de l'expression «régime de rémunération» du par. 2(1). Enfin, la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* interdit en fait toute négociation collective sur des questions autres que la rémunération en vertu du deuxième élément du par. 6(1). Ces aspects de la loi des «6 et 5» soulèvent la possibilité qu'elle ait une portée trop large ou qu'elle soit arbitraire quant à ceux qu'elle vise.

Quant à la première préoccupation, il s'agit en l'espèce de savoir si la Loi, en ne visant que les salariés du secteur public, a un lien rationnel avec son objectif. Comme je l'ai déjà dit, le par. 3(4) de la Loi rend le programme de contrôles applicable aux salariés de certaines compagnies ferroviaires. En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner le par. 3(4). Le syndicat appellant ne représente pas les cheminots. De plus, aucun argument n'a porté sur l'inclusion de ce groupe. Il se peut qu'il y ait eu un fondement rationnel quelconque justifiant l'inclusion apparemment anormale des cheminots; aussi je n'exprimerai aucune opinion sur la validité du par. 3(4) dans une instance plaidée au nom et au sujet d'un groupe de salariés tout à fait différent.

The submission by the appellant was that the use of public sector labour remuneration as a focus of restraint was arbitrary and irrational. Indeed, this was the gist of the appellant's argument under s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The suggestion is that the government, in its role as an employer, should be treated like any other employer; either compensation controls must be universally applied to all employees within federal labour relations jurisdiction or they must not be applied at all.

I cannot accept, however, that Parliament must consider the government to be just another employer. I have referred, above, to the important leadership role of the government, and to the psychological component of that role in relation to economic matters. Rightly or wrongly, the public sector is perceived to occupy a central role in defining the parameters of negotiations between employer and employee. By enacting its "6 and 5" programme, Parliament intended to send a dramatic message conveying its resolve to fight inflation. It wished to demonstrate to the nation in an unequivocal fashion that it was prepared to take tough measures within its own sphere of employer-employee relations. During the House of Commons debate the Deputy Prime Minister and Minister of Finance emphasized the leadership role of government:

The private sector and the provinces could not be expected to accept income restraint unless the Government of Canada showed leadership in the conduct of its own affairs. The government has therefore decided to lead the way by implementing the proposed strategy in the federal public sector for a period of two years ... [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, June 28, 1982, p. 18878.)

The President of the Treasury Board explained that the federal public sector controls programme was designed as a "striking example" for Canadians to follow:

All realized that it was imperative for the federal government to accentuate the anti-inflationary impact of its

Suivant la thèse de l'appelante, la concentration des mesures de restriction sur la rémunération des salariés du secteur public tient de l'arbitraire et de l'irrationnel. En fait, cela constitue la substance même de l'argument de l'appelante fondé sur de l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. On laisse entendre que le gouvernement, à titre d'employeur, devrait être traité comme tout autre employeur; ou les contrôles de rémunération doivent être appliqués universellement à tous les salariés relevant de la compétence fédérale en matière de relations de travail, ou il ne doit pas y en avoir du tout.

Je ne saurais accepter cependant que le législateur fédéral doive considérer le gouvernement comme un simple employeur parmi d'autres. J'ai déjà parlé de l'important rôle de chef de file que joue le gouvernement et de la composante psychologique de ce rôle en matière économique. À tort ou à raison, le secteur public est perçu comme jouant un rôle capital dans la détermination des paramètres des négociations entre employeurs et employés. En adoptant son programme des «6 et 5», le législateur fédéral entendait signaler sans ambiguïté sa détermination à combattre l'inflation. Il voulait démontrer sans équivoque à la population canadienne qu'il était prêt à prendre des mesures draconiennes dans son propre domaine des relations employeur-employés. Au cours du débat à la Chambre des communes, le Vice-premier ministre et ministre des Finances a insisté sur le rôle de chef de file du gouvernement:

On ne peut attendre du secteur privé et des provinces qu'ils acceptent de restreindre les revenus si le gouvernement du Canada ne montre pas l'exemple dans ses propres affaires. Le gouvernement a donc décidé de montrer la voie en appliquant la stratégie proposée dans le secteur public fédéral pendant deux ans. [C'est moi qui souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, le 28 juin 1982, à la p. 18878.)

Le président du Conseil du Trésor a expliqué que le programme de contrôles dans le secteur public fédéral avait été conçu pour donner aux Canadiens un «exemple frappant» qu'ils se devraient de suivre:

Tous se sont rendu compte du besoin impérieux pour le gouvernement fédéral d'accentuer la portée anti-infla-

economic policies by taking a more determined stand on wage rates. The federal public sector compensation restraint program alone cannot resolve all the economic problems Canadians are wrestling with today. It should be seen as a serious and striking example that all Canadians, employers and employees, individually and collectively, must follow if they are the least bit concerned with maintaining their competitive position abroad and their standard of living at home. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, July 9, 1982, at p. 19182.)

In my view, the leadership role of government constitutes justification for Parliament's legislative focus on the public sector. It was, in the circumstances, permissible for Parliament to decline to impose a universally applicable short-term controls programme on an heterogeneous labour force, and instead to limit its interference with collective bargaining processes to a discrete and relatively homogeneous group of employees. The employees in question shared in common an employer perceived to occupy the role of the national economic leader and trend-setter and they had, according to the evidence, a greater degree of job security than other employees, which might have made them less susceptible to adverse long-term effects from temporary controls. Similarly, it was permissible for Parliament to exercise governmental leadership in compensation restraint by legislative means, rather than by merely adopting a firm posture in labour negotiations. The evidence indicates that the government had tried a non-legislative approach and, during the period between 1978 and 1982, it succeeded in keeping federal government wage settlements below the corresponding rates in the private sector and in the provincial public sector. Evidently, however, this was not a sufficiently dramatic means of reducing public expectations. I am not inclined to second guess Parliament's dissatisfaction with the incremental and unspectacular exercise of its leadership role in the period preceeding the "6 and 5" legislation.

tionniste de sa politique économique en prenant plus vigoureusement l'initiative en matière salariale. Le Programme des restrictions salariales au sein de la Fonction publique fédérale ne peut pas à lui seul résoudre tous les problèmes économiques qui accablent les Canadiens. Il constitue plutôt un exemple national sérieux et frappant que tous les Canadiens, employeurs et employés, pris individuellement ou collectivement, doivent imiter s'ils tiennent le moins de maintenir leur position concurrentielle à l'étranger et par le fait même leur niveau de vie au pays. [C'est moi qui souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, le 9 juillet 1982, à la p. 19182.)

À mon avis, le rôle de chef de file joué par le gouvernement justifie que sa loi soit axée sur le secteur public. Il était, dans les circonstances, loisible au législateur fédéral de refuser d'imposer un programme universel de contrôles à court terme à une population active hétérogène et de limiter plutôt son ingérence dans les négociations collectives à un groupe de salariés distinct et relativement homogène. Les salariés en question avaient en commun le même employeur qui était perçu comme jouant le rôle de chef de file et d'initiateur de tendances en matière d'économie nationale, et ils jouissaient, d'après la preuve soumise, d'une plus grande sécurité d'emploi que les autres salariés, ce qui pouvait les rendre moins vulnérables aux effets préjudiciables à long terme qui résulteraient des contrôles temporaires. De même, il était loisible au législateur d'exercer un leadership gouvernemental en matière de restriction salariale en ayant recours à des moyens législatifs plutôt qu'en se contentant d'adopter une position ferme dans les négociations avec ses salariés. Il ressort de la preuve que le gouvernement avait déjà eu recours à une méthode non législative et que, durant la période comprise entre 1978 et 1982, il avait réussi à maintenir les accords salariaux conclus par le gouvernement fédéral en deçà des taux correspondants du secteur privé et du secteur public provincial. Toutefois, il est évident que ce n'était pas là un moyen suffisamment spectaculaire de diminuer les attentes des citoyens. Je ne saurais critiquer après coup l'insatisfaction du législateur devant cet exercice marginal, guère spectaculaire, de son rôle de chef de file au cours de la période qui a précédé la loi des «6 et 5».

I am comforted in my conclusions on this issue by the opinions of the judges of the Ontario Divisional Court in the *Broadway Manor* case: *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392. The majority judges (O'Leary and Smith JJ.) concluded that Ontario public sector compensation restraint legislation, which was modelled on the Act under review in this appeal, infringed the *Charter* guarantee of freedom of association in s. 2(d). However, the interference with collective bargaining and the removal of the right to strike with respect to public sector compensation matters was held to be a reasonable limit under s. 1. Smith J. stated at p. 468, "I see nothing *a priori* that is capricious or arbitrary in a restraint programme that is limited to the public sector."

I observe, too, that although the constitutional validity of macro-economic initiatives ought not to depend upon their ultimate success or failure, it is relevant to establishing the sincerity of the legislative objectives to consider whether these objectives were in fact achieved. In this context, it is plainly apparent that the leadership role of the federal government was, at least, successful in promulgating temporary restraint programmes on the part of other public sector employers. Professor D. D. Carter observes that "Six of the provinces at about the same time also enacted public sector wage restraint programs similar in thrust to the federal Public Sector Compensation Restraint Act": "Collective Bargaining and Income Restraint Programs: The Legal Issues" in *Recent Public Sector Restraint Programs: Two Views* (Reprint Series No. 53, Industrial Relations Centre, Queen's University, 1984) at p. 1.

I turn now to the second consideration referred to above, namely, that the legislation controls "compensation" as defined in s. 2(1) rather than wages alone. I have little trouble in concluding that this aspect of the restraint legislation is justifiable. The very title of the Act, and its consistent

Me renforcent dans mes conclusions à ce sujet les opinions des juges de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Broadway Manor: Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392. Les juges formant la majorité (les juges O'Leary et Smith) ont conclu que la loi sur les restrictions salariales du secteur public de l'Ontario, qui s'inspire de la loi en cause en l'espèce, enfreignait la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la *Charte*. Toutefois, l'atteinte portée à la négociation collective et la suppression du droit de grève en ce qui a trait aux questions de rémunération dans le secteur public a été considérée comme une limite raisonnable au sens de l'article premier. Le juge Smith dit, à la p. 468: [TRADUCTION] «Je ne vois rien à priori de capricieux ou d'arbitraire dans un programme de restriction qui se limite au secteur public.»

Je ferai observer aussi que, même si la validité constitutionnelle des initiatives macro-économiques ne doit pas dépendre de leur succès ou de leur échec ultime, il importe, pour vérifier la sincérité des objectifs législatifs, d'examiner si ces objectifs ont effectivement été atteints. Dans ce contexte, il est tout à fait clair que le rôle de chef de file que joue le gouvernement fédéral a, à tout le moins, permis de promouvoir des programmes provisoires de restriction pour d'autres salariés du secteur public. Le professeur D. D. Carter fait observer que [TRADUCTION] «Six provinces ont, à peu près à la même époque, adopté elles aussi des programmes de restrictions salariales dans le secteur public similaires quant à leur portée à la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* adoptée par le gouvernement fédéral»: «Collective Bargaining and Income Restraint Programs: The Legal Issues», dans *Recent Public Sector Restraint Programs: Two Views* (Reprint Series No. 53, Industrial Relations Centre, Queen's University, 1984) à la p. 1.

J'en viens maintenant au second facteur déjà mentionné, savoir que cette loi contrôle la «rémunération» définie à son par. 2(1), plutôt que les salaires seulement. C'est sans difficulté que je conclus que cet aspect de la Loi qui prescrit des restrictions peut être justifié. Le titre même de la

focus on the broad range of compensation issues makes it clear that Parliament was not merely concerned with the inflationary pressure that might result from putting increasing amounts of cash into the hands of employees. It was also concerned with the inflationary effects of increasing the cost to employers of producing any given quantity of goods or services. This is made perfectly clear by the definition of "compensation" in s. 2(1), which is broad enough to include all matters which would require the employer to expend resources for the direct or indirect benefit of employees. If the legislation were perceived to contain "loop-holes" whereby inflationary wage demands were simply diverted into a series of non-pecuniary benefits, which nevertheless augmented production costs, the legislation would be regarded as a mere sham, an empty symbolic gesture. This would not be consistent with the objective of sending a clear and unmistakable message of restraint to other employers.

The third element of the "6 and 5" legislation which requires particular scrutiny is its effect on collective bargaining over non-compensation issues. At a minimum, I believe, s. 6(1)(b) removes the right to strike over non-compensatory issues as well as the right to submit such disputes to binding arbitration, and s. 7 does not restore those rights. In the *Broadway Manor* case, although the Ontario Court of Appeal differed from the majority of the Divisional Court in holding that provisions substantially the same as s. 6(1)(b) and s. 7 preserved the statutory duty of the employer to bargain in good faith on non-compensatory issues, the Court of Appeal acknowledged:

... changes can be effected only by agreement. It may be, therefore, that the economic sanctions of strike and lock-out under the *Labour Relations Act* and arbitration proceedings under the *Hospital Labour Disputes Arbitration Act* ... are not available to public sector employees under the [*Inflation Restraint Act*].

((1984), 48 O.R. (2d) 225, at p. 248)

Loi et sa persistance à régler une vaste gamme de questions relatives à la rémunération montrent clairement que le législateur ne se préoccupait pas uniquement de la pression inflationniste qui pourrait résulter du versement aux salariés de sommes d'argent toujours croissantes. Il se préoccupait aussi des effets inflationnistes des coûts de production croissants d'une quantité donnée de biens ou de services pour les employeurs. C'est ce qu'indique clairement la définition du terme «rémunération» au par. 2(1), qui est suffisamment large pour inclure tout ce qui pourrait obliger l'employeur à allouer des ressources au profit direct ou indirect des salariés. Si cette loi était perçue comme contenant des «échappatoires» permettant de convertir simplement les demandes salariales inflationnistes en une série d'avantages non pécuniaires, qui augmenteraient néanmoins les coûts de production, la Loi serait considérée comme un simple trompe-l'œil, un geste symbolique vide de sens. Cela ne serait pas conforme à l'objectif de signifier clairement et sans équivoque aux autres employeurs qu'ils doivent imposer des restrictions.

Le troisième élément de la loi des «6 et 5» qu'il faut examiner d'une manière particulière, c'est son effet sur les négociations collectives portant sur des questions autres que la rémunération. Je pense tout au moins que le deuxième élément du par. 6(1) de la Loi supprime le droit de faire grève au sujet des questions autres que la rémunération ainsi que le droit de soumettre ces différends à l'arbitrage exécutoire, et l'art. 7 ne rétablit pas ces droits. Dans l'arrêt *Broadway Manor*, la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas partagé l'avis de la Cour divisionnaire à la majorité en jugeant que des dispositions essentiellement équivalentes au deuxième élément du par. 6(1) et à l'art. 7 maintiennent l'obligation légale de l'employeur de négocier de bonne foi les questions qui ne se rapportent pas à la rémunération, mais elle a reconnu ce qui suit:

[TRADUCTION] ... les changements ne peuvent se faire que d'un commun accord. Il se peut donc que les sanctions économiques que constituent la grève et le lock-out en vertu de la *Loi sur les relations de travail* et la procédure d'arbitrage en vertu de la *Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux* [...] ne soient plus à la disposition des salariés du secteur public en raison de la [*Loi sur le contrôle de l'inflation*].

((1984), 48 O.R. (2d) 225, à la p. 248)

The difference of interpretation between the majority in the Divisional Court and the Ontario Court of Appeal was particularly important in the context of the *Broadway Manor* litigation, since on the interpretation of the Court of Appeal it became unnecessary for that Court to consider the *Charter* issues. In the present context, however, the difference amounts only to the question whether collective bargaining on non-compensatory issues was entirely denied or, alternatively, profoundly impaired.

In either event, I do not think the respondent has met the burden of justifying s. 6(1)(b) of the Act under s. 1 of the *Charter*. The respondent, in its factum, has not suggested any rationale for casting its net so widely as to impair collective bargaining on non-compensatory issues in an Act designed to reduce inflationary expectations. Nor is there any rationale which springs obviously from the text of the Act. On the contrary, one would have expected that the breadth of the definition of "compensation" removed any possibility that costly employee benefits might serve as a proxy for wages in collective bargaining on non-compensatory issues. No justification has been offered for the impairment of the constitutionally protected freedom to bargain collectively on such important matters as employee safety, management rights, grievance procedures, seniority and employee rights to engage (or duties to refrain from engaging) in political activity.

All three judges of the Ontario Divisional Court in the *Broadway Manor* case found s. 13(b) of the Ontario legislation, which was substantially the same as s. 6(1)(b) of the federal Act, to be unjustifiable. O'Leary J. at pp. 446-47 adopted the conclusions of the Ontario Labour Relations Board:

La différence d'interprétation qui sépare les juges formant la majorité de la Cour divisionnaire de ceux de la Cour d'appel de l'Ontario était particulièrement importante dans le cadre du différend *Broadway Manor* puisque, selon l'interprétation de la Cour d'appel, il n'était plus alors nécessaire qu'elle examine les points litigieux qui se rapportent à la *Charte*. Dans le contexte actuel cependant, cette différence se résume simplement à se demander si les négociations collectives portant sur des questions autres que la rémunération étaient totalement interdites ou, subsidiairement, s'il leur était porté gravement atteinte.

Dans les deux cas, je ne pense pas que l'intimée soit parvenue à justifier le deuxième élément du par. 6(1) de la Loi, comme elle en avait la charge en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'intimée, dans son mémoire, n'avance aucune raison qui la justifierait d'avoir tendu un filet large au point de porter atteinte à la négociation collective sur des questions autres que la rémunération dans une loi conçue pour diminuer les attentes inflationnistes. En outre, il n'y a manifestement aucune raison qui ressorte du texte de la Loi. Au contraire, on se serait attendu à ce que, de par sa portée générale, la définition du terme «rémunération» supprime toute possibilité que certains avantages coûteux des salariés puissent suppléer au salaire au cours de négociations collectives portant sur des questions autres que la rémunération. Aucun argument n'a été avancé pour justifier l'atteinte portée à la liberté, garantie par la Constitution, de négocier collectivement sur des sujets aussi importants que la sécurité au travail, les droits de la direction, la procédure de griefs, l'ancienneté et les droits des salariés (ou l'interdiction qui leur est faite) de s'adonner à des activités politiques.

Dans l'affaire *Broadway Manor*, les trois juges de la Cour divisionnaire de l'Ontario ont conclu que l'al. 13b) de la loi ontarienne qui correspond essentiellement au deuxième élément du par. 6(1) de la loi fédérale, est impossible à justifier. Le juge O'Leary, aux pp. 446 et 447, adopte les conclusions de la Commission des relations de travail de l'Ontario:

This tribunal, with its special expertise in labour relations, recognizes the importance of non-compensation terms and conditions of employment such as seniority, lay-off and recall (especially in a time of recession), health and safety, grievance procedure and management rights. Notwithstanding the regulation of compensation, meaningful and substantial collective bargaining is nevertheless possible.

(*Service Employees Union, Local 204 v. Broadway Manor Nursing Home*, [1983] O.L.R.B. Rep. Jan. 26 at p. 36).

O'Leary J. went on to write, at p. 447:

I agree there is little point in allowing collective bargaining and strikes over wage-package issues if the increase in any event is fixed at 5%. But it does not follow that employees should also be prevented from bargaining and striking over non-compensation matters.

Smith J. expressed similar views: pp. 470-71. Galligan J., whose interpretation of the statute led him to dissent in the result, nevertheless considered the *Charter* issues in *obiter dicta*. He expressed the opinion that (at p. 413):

To the extent therefore that the Act infringes upon the freedom of association by rendering nugatory freedom to organize and freedom to bargain on non-compensatory matters, I would hold it to be unconstitutional and of no force and effect.

I agree with the judges of the Divisional Court that the effective nullification of the employees' ability to bargain collectively on non-compensatory issues represents a profound intrusion into the associational freedoms of workers, and one which bears no apparent connection to the objectives of an inflation restraint programme. The *Public Sector Compensation Restraint Act* has swept away virtually the full range of collective bargaining activities of federal employees, seemingly without any thought for whether such draconian measures were necessary. This aspect of the 1982 law was clearly described by Professor Carter at p. 1 of his article:

[TRADUCTION] Ce tribunal, spécialiste en matière de relations ouvrières, reconnaît l'importance des conditions d'emploi autres que la rémunération, telles l'ancienneté, les licenciements et les rappels au travail (surtout en période de récession), la santé et la sécurité, la procédure de griefs et les droits de la direction. Malgré la réglementation de la rémunération, il est néanmoins possible d'avoir des négociations collectives substantielles et significatives.

(*Service Employees Union, Local 204 v. Broadway Manor Nursing Home*, [1983] O.L.R.B. Rep. Jan. 26, à la p. 36.)

Le juge O'Leary ajoute, à la p. 447:

[TRADUCTION] Je conviens qu'il n'est guère utile d'autoriser la négociation collective et les grèves au sujet des enveloppes salariales si leur hausse est de toute façon fixée à 5 pour 100. Mais il ne s'ensuit pas que les employés devraient aussi se voir interdire de négocier et de faire grève sur des questions autres que la rémunération.

Le juge Smith a exprimé un point de vue similaire aux pp. 470 et 471. Le juge Galligan, dont la façon d'interpréter la Loi l'a amené à exprimer une dissidence quant au résultat, examine néanmoins, dans des opinions incidentes, les questions litigieuses qui se rapportent à la *Charte*. Il exprime l'opinion suivante (à la p. 413):

[TRADUCTION] Dans la mesure donc où la Loi enfreint la liberté d'association, en rendant futile la liberté syndicale et la liberté de négocier sur des matières autres que la rémunération, je suis d'avis de la juger inconstitutionnelle et inopérante.

Je suis d'accord avec les juges de la Cour divisionnaire pour dire que la suppression effective de la capacité des salariés de négocier collectivement sur des points autres que la rémunération représente une grave ingérence dans la liberté d'association des travailleurs, une ingérence qui n'a aucun lien apparent avec les objectifs d'un programme visant à freiner l'inflation. La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* a interdit aux salariés fédéraux presque toute la gamme d'activités entourant la négociation collective sans se demander, semble-t-il, si des mesures aussi draconiennes étaient nécessaires. Cet aspect de la loi de 1982 est clairement décrit par le professeur Carter à la première page de son article:

The 1982 income restraint programs were a significant departure from their 1975 predecessor. While the earlier Anti-Inflation Act reached both the public and private sectors, it was not as blunt an instrument as the public sector restraint legislation of 1982, as it at least attempted to accommodate existing collective bargaining structures by allowing collective bargaining to continue within a framework of controls. Guidelines were promulgated and, although bargaining settlements were expected to fall within these guidelines, it was also possible for exemptions to be made. Although the Canadian collective bargaining structure did not co-exist in complete harmony within this system of wage restraints, it at least continued to function during this first period of income restraint.

As I have observed in the *Alberta Labour Reference*, the collective bargaining process serves important educative and democratic functions. The participation of employees in determining their rights and obligations in the workplace cannot be undermined without good reason. It follows that the *Public Sector Compensation Restraint Act*, by means of s. 6(1)(b), overreaches the otherwise acceptable justification offered for the Act's impairment of public sector workers' freedom of association.

The judges of the Divisional Court held that the appropriate remedy was a declaration that s. 13(b) of the Ontario legislation was of no force and effect. The legislation was, however, upheld in so far as it imposed the terms of employee compensation. I am in agreement with this approach and propose to apply it to the Act under review. In my view, s. 6(1)(b) is of no force and effect. The remainder of the Act, with the exception of s. 3(4) upon which I express no opinion, is justifiable under s. 1. In approaching remedial alternatives under the *Charter*, as under the *Constitution Act, 1867*, the courts must be cautious not to nullify legitimate legislative initiatives on account of the overbreadth of a particular provision if severance of that provision is possible. The test for severance was stated by Viscount Simon in the following terms in the *Alberta Bill of Rights* case (*Attor-*

[TRADUCTION] Les programmes de restriction des revenus de 1982 s'écartaient de façon marquée de leur prédécesseur de 1975. Alors qu'auparavant la *Loi anti-inflation* régissait tant les secteurs public que privé, il ne s'agissait pas d'un instrument aussi draconien que la loi sur les restrictions salariales du secteur public de 1982, car elle tentait à tout le moins de composer avec les structures existantes de négociation collective en autorisant la poursuite des négociations collectives dans un cadre de contrôles. Des indicateurs ont été publiés et, même si l'on s'attendait à ce que les ententes conclues respectent ces indicateurs, des exceptions étaient aussi possibles. Certes, la structure canadienne de négociation collective n'a pas coexisté en harmonie complète à l'intérieur de ce système de restrictions salariales, mais, à tout le moins, elle a continué de fonctionner au cours de cette première période de limitation des revenus.

Comme je l'ai déjà fait observer dans le *Renvoi relatif aux relations de travail en Alberta*, le processus de négociation collective a d'importantes fonctions éducatives et démocratiques. La participation des salariés à la détermination de leurs droits et obligations en milieu de travail ne saurait être minée sans de bonnes raisons. Il s'ensuit que la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, en raison du deuxième élément du par. 6(1), va bien au-delà de la justification, par ailleurs acceptable, avancée pour l'atteinte portée par la Loi à la liberté d'association des travailleurs du secteur public.

Les juges de la Cour divisionnaire ont conclu que le redressement approprié était un jugement déclaratoire portant que l'al. 13b) de la loi ontarienne était inopérant. Cette loi a néanmoins été reconnue valide pour ce qui est de l'imposition des modalités de la rémunération des salariés. Je suis d'accord avec ce point de vue et je propose de l'appliquer à la loi en cause. À mon avis, le deuxième élément du par. 6(1) est inopérant. Le reste de la Loi, à l'exception du par. 3(4), sur lequel je n'exprime aucune opinion, peut être justifié en vertu de l'article premier. En abordant les autres réparations qui peuvent s'imposer en vertu de la *Charte*, tout comme en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les tribunaux doivent prendre garde de ne pas réduire à néant des initiatives législatives légitimes pour le motif qu'une disposition particulière a une portée trop large, si

ney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada, [1947] A.C. 503) at p. 518:

The real question is whether what remains is so inextricably bound up with the part declared invalid that what remains cannot independently survive or, as it has sometimes been put, whether on a fair review of the whole matter it can be assumed that the legislature would have enacted what survives without enacting the part that is ultra vires at all.

In applying the severance principles to the *Public Sector Compensation Restraint Act*, it is worth bearing in mind that the central thrust of the Act was to extend compensation plans and to provide for the stipulated "6 and 5" increases. I have little hesitation in concluding that this aspect of the legislation is capable of survival independently of s. 6(1)(b). In my view s. 6(1)(a) is sufficient to preclude resort to strikes or binding arbitration for the settlement of disputes concerning the terms and conditions of compensation plans.

VI

The Canadian Bill of Rights

I am in agreement with the trial judge and the judges of the Federal Court of Appeal that s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* does not assist the appellant. The *Public Sector Compensation Restraint Act* was enacted with a view to dampening inflationary expectations. This is a legislative objective which qualifies as a "valid federal objective" pursuant to the jurisprudence interpreting s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, at least in the context of legislation directed at a labour market within undisputed federal regulatory competence. Assuming that s. 1(b) requires some rational explanation for the legislative focus on government employees, I am satisfied, for the reasons I have already given when addressing this issue under s. 1 of the *Charter*, that the respondent has offered a satisfactory explanation. It follows that I would answer the third constitutional ques-

celle-ci peut être dissociée de l'ensemble. Le vicomte Simon énonce ainsi le critère applicable en cas de dissociation, dans l'arrêt *Alberta Bill of Rights (Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503), à la p. 518:

[TRADUCTION] La véritable question qui se pose est de savoir si le reste n'est pas si inextricablement lié à la partie déclarée invalide qu'il ne saurait subsister indépendamment ou, comme on l'a dit parfois, si, après un examen impartial de toute la question, on peut présumer que le législateur n'aurait jamais adopté ce qui subsiste sans adopter la partie qui est ultra vires.

Applicant les principes de la dissociation à la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, il importe de garder à l'esprit que la Loi a pour visée principale de proroger les régimes de rémunération, puis d'y ajouter les majorations de «6 et 5». Je n'hésite guère à conclure que cet aspect de la Loi peut survivre indépendamment du deuxième élément du par. 6(1). À mon avis, le premier élément du par. 6(1) est suffisant pour interdire le recours aux grèves ou à l'arbitrage pour le règlement des différends portant sur les modalités des régimes de rémunération.

VI

La Déclaration canadienne des droits

Je suis d'accord avec le juge de première instance et les juges de la Cour d'appel fédérale pour dire que l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* n'est d'aucun secours pour l'appelante. La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* a été adoptée dans le but de réduire les attentes inflationnistes. Cet objectif législatif peut être qualifié «d'objectif fédéral régulier» conformément à la jurisprudence qui a interprété l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, à tout le moins dans le cas d'une loi visant un marché du travail qui relève sans conteste de la compétence fédérale en matière de réglementation. Présument que l'al. 1b) requiert une explication rationnelle quelconque, du fait que la Loi ne vise que les salariés du gouvernement, je suis convaincu, pour les raisons que j'ai déjà données quand j'ai abordé ce point en rapport avec l'article premier de la *Charte*, que l'intimée a fourni une explication satisfaisante. Il s'ensuit que je suis d'avis de répondre à la troisième question

tion in the negative, with the caveat that I refrain from pronouncing on s. 3(4) of the Act.

VII

Conclusions

The constitutional questions should be answered as follows:

1. Does the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, infringe upon the freedom of association guaranteed in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. Is the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Section 6(1)(b) is not justified under s. 1 of the *Charter*. I express no opinion regarding s. 3(4). The remainder of the Act is justified under s. 1 of the *Charter*.

3. Does the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, infringe upon the right to "equality before the law" recognized in s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III?

Answer: I express no opinion on s. 3(4). The remainder of the Act does not infringe s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

In light of these answers, I would declare s. 6(1)(b) of the *Public Sector Compensation Restraint Act* to be of no force or effect. The appeal should therefore be allowed in part. Since I would uphold the remainder of the legislation, however, I would not award costs.

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

LE DAIN J.—For the reasons I expressed in the *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, I am of the

constitutionnelle par la négative, en prenant soin de mentionner que je m'abstiens de me prononcer sur le par. 3(4) de la Loi.

VII

Conclusions

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, empiète-t-elle sur la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, est-elle justifiée en fonction de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Le deuxième élément du par. 6(1) («[les dispositions] d'une convention collective ou décision arbitrale qui comporte pareil régime») n'est pas justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Je n'exprime aucune opinion au sujet du par. 3(4). Le reste de la Loi est justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

3. La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, empiète-t-elle sur le droit à «l'égalité devant la loi» reconnu à l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III?

Réponse: Je n'exprime aucune opinion au sujet du par. 3(4). Le reste de la Loi n'enfreint pas l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Vu ces réponses, je suis d'avis de déclarer que le deuxième élément du par. 6(1) de la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* est inopérant. J'accueillerais donc le pourvoi en partie. Étant donné que je suis d'avis de déclarer valide le reste de la Loi, je n'accorderais toutefois pas de dépens.

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

LE JUGE LE DAIN—Pour les motifs que j'ai exprimés dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S.

opinion that the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not include a guarantee of the right to bargain collectively and the right to strike. I agree with the Chief Justice and Justice McIntyre that the *Public Sector Compensation Restraint Act* does not infringe the right to equality recognized by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. I would accordingly dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the manner proposed by McIntyre J.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment of the Chief Justice and Wilson J. in this appeal and I adopt the Chief Justice's recitation of the facts and his description of the issues and proceedings. With all due deference to the views of my colleagues, I have, however, reached a different conclusion and would answer the constitutional questions differently.

The Chief Justice bases his reasons on the first issue—that of freedom of association under s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*—upon the proposition that freedom of association in the context of labour relations includes freedom to engage in collective bargaining and the right to strike. For the reasons I expressed in the *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (judgment delivered concurrently), I am of the opinion that s. 2(d) of the *Charter* does not include a constitutional guarantee of a right to strike. My finding in that case does not, however, preclude the possibility that other aspects of collective bargaining may receive *Charter* protection under the guarantee of freedom of association.

In my opinion, the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, does not interfere with collective bargaining so as to infringe the *Charter* guarantee of freedom of association. The Act does not restrict the role of the

313, je suis d'avis que la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'inclut aucune garantie des droits de négocier collectivement et de faire la grève. Je suis d'accord avec le Juge en chef et le juge McIntyre pour dire que la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* ne porte pas atteinte au droit à l'égalité reconnu par l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière proposée par le juge McIntyre.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement rédigés en l'espèce par le Juge en chef et le juge Wilson, respectivement, et je fais mien l'énoncé des faits du Juge en chef et sa description des questions en litige et des procédures. Cependant, malgré tout le respect que j'ai pour le point de vue de mes collègues, je suis arrivé à une conclusion différente et je suis d'avis de donner une réponse différente aux questions constitutionnelles.

Le Juge en chef fonde ses motifs, relativement à la première question, savoir celle de la liberté d'association que garantit l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sur la proposition selon laquelle la liberté d'association dans le contexte des relations de travail comprend la liberté de négocier collectivement et le droit de faire la grève. Pour les motifs que j'ai exprimés dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (dont les motifs sont prononcés en même temps que le présent arrêt), je suis d'avis que l'al. 2d) de la *Charte* n'inclut pas une garantie constitutionnelle du droit de faire la grève. Toutefois, ma conclusion dans cet arrêt n'écarte pas la possibilité que d'autres aspects de la négociation collective puissent bénéficier de la protection de la *Charte* en vertu de la garantie de la liberté d'association.

À mon avis, la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, ne porte pas atteinte à la négociation collective au point de violer la liberté d'association garantie par la *Charte*. La Loi ne limite pas le rôle du syndicat

trade union as the exclusive agent of the employees. It requires the employer to continue to bargain and deal with the unionized employees through the Union. It also permits continued negotiations between the parties with respect to changes in the terms and conditions of employment which do not involve compensation. The effect of the Act is simply to deny the use of the economic weapons of strikes and lockouts for a two-year period. This may limit the bargaining power of the trade union, but it does not, in my view, violate freedom of association.

The appellant has also argued that the *Public Sector Compensation Restraint Act* violates s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* which recognizes the "right of the individual to equality before the law and the equal protection of the law". I am in general agreement with the Chief Justice in his rejection of this claim. I would add that the respondent here has dealt equally with all its employees and has not singled out any individuals or subgroups from within its work force. I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions, as follows:

1. Does the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, infringe upon the freedom of association guaranteed in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? *f*

Answer: No.

2. Is the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? *g*

Answer: In view of my answer to the first question, I need not consider this question. *h*

3. Does the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, infringe upon the right to "equality before the law" recognized in s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III? *i*

Answer: I agree with the Chief Justice. I express no opinion on s. 3(4). The remainder of the Act does not infringe s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. *j*

à titre de mandataire exclusif des employés. Elle exige que l'employeur continue à négocier et à traiter avec les employés syndiqués par l'entremise du syndicat. Elle permet également la poursuite de négociations entre les parties en ce qui a trait aux modifications des conditions d'emploi qui n'ont rien à voir avec la rémunération. La Loi a simplement pour effet d'interdire pour une période de deux ans le recours aux armes économiques que constituent les grèves et les lock-out. Un tel effet peut limiter le pouvoir de négociation du syndicat, mais à mon avis il ne viole pas la liberté d'association.

L'appelante a également soutenu que la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* viole l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* qui reconnaît le «droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi». D'une manière générale, je suis d'accord avec le Juge en chef pour rejeter cet argument. J'ajouterais que l'intimée en l'espèce a traité également tous ses employés et n'a pas procédé à une sélection de certains individus ou sous-groupes parmi ses employés. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles: *c*

1. La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, empiète-t-elle sur la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? *d*

Réponse: Non.

2. La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, est-elle justifiée en fonction de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? *e*

Réponse: Compte tenu de ma réponse à la première question, je n'ai pas à répondre à cette question. *f*

3. La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, empiète-t-elle sur le droit à «l'égalité devant la loi» reconnu à l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III? *g*

Réponse: Je suis d'accord avec le Juge en chef. Je n'exprime aucune opinion au sujet du par. 3(4). Le reste de la Loi n'enfreint pas l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. *h*

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I agree with the Chief Justice for the reasons given by him that the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, violates s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I disagree with him that it is saved by s. 1.

I accept that controlling inflation was, at the time of the passage of the Act, of sufficient importance to warrant a limitation on freedom of employees generally to bargain collectively and to strike. I do not believe, however, that the imposition of the limitation on federal public service sector employees only meets the test set out by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 139:

... the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective.

The government conceded that the controls were not expected to have a direct effect on inflation. They were not of general application but applied to only 5 per cent of the work force. They were imposed on a sector of the work force whose wage settlements had no direct causal link to inflation. Indeed, during the House of Commons' debate the Deputy Prime Minister and Minister of Finance stated:

I would like to emphasize that in the government's view federal public sector employees are no more responsible for inflation than any other group in society. They too have been trying to catch up with rising prices, but their incomes have risen no more, and often rather less, than those of employees in other sectors. This is not a punitive program.

(*House of Commons Debates*, June 28, 1982, p. 18879.)

The government decided to attempt to control inflation by indirect means. Its object was to persuade the general public to enter voluntarily into employment agreements that provided for an

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—Je conviens avec le Juge en chef, pour les raisons qu'il a données, que la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, viole l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je ne partage pas son opinion qu'elle est sauvegardée en vertu de l'article premier.

J'admets que le contrôle de l'inflation revêtait, au moment de l'adoption de la Loi, une importance suffisante pour justifier une limitation de la liberté des salariés, en général, de négocier collectivement et de faire la grève. Je ne crois pas cependant que l'imposition de cette limitation uniquement aux salariés du secteur public fédéral soit conforme au critère énoncé par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 139:

... les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question.

Le gouvernement a reconnu qu'il ne s'attendait pas à ce que les contrôles aient un effet direct sur l'inflation. Ils s'appliquaient non pas de manière générale, mais à seulement 5 pour 100 de l'ensemble des salariés. Ils étaient imposés à un secteur dont les ententes salariales n'avaient pas de lien causal direct avec l'inflation. Et même, au cours du débat à la Chambre des communes, le Vice-premier ministre et ministre des Finances a déclaré:

J'aimerais souligner qu'aux yeux du gouvernement, les employés du secteur public fédéral ne sont pas plus responsables de l'inflation qu'un autre groupe de la société. Ils se sont efforcés eux aussi de rattraper la hausse des prix, mais leur revenu n'a pas augmenté davantage—et il a souvent augmenté plutôt moins—que celui des employés des autres secteurs. Il ne s'agit pas d'un programme punitif.

(*Débats de la Chambre des communes*, le 28 juin 1982, à la p. 18879.)

Le gouvernement a décidé de tenter de juguler l'inflation par des moyens indirects. Son objectif était de persuader le grand public de conclure volontairement des contrats de travail qui prévoi-

increase of not more than 6 per cent in the first year and not more than 5 per cent in the second year. It hoped to inspire voluntary controls through the example of the public sector's sacrifice. The government accordingly justifies the legislation under s. 1 of the *Charter* on the ground that it was a demonstration of leadership on its part.

In discussing the rationale advanced by the government in support of the Act—its leadership function—it is important to keep in mind the two roles of government: the government as legislator and the government as employer. In both these roles the government may indeed have a responsibility to set an example for the country. However, the government as employer has no greater power *vis-à-vis* its employees than a private sector employer. As the Chief Justice pointed out in the *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (released concurrently), the Canadian polity has rejected the notion that public sector collective bargaining and strike action threatens the sovereignty of the elected government. Instead, we have allowed collective bargaining and strikes to play an important role in public sector labour relations. The rationale is clear; in most circumstances it is eminently reasonable that the government bargain with someone from whom it wants to purchase a service. As pointed out by Paul Weiler in *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), at p. 216:

The fact that the government may be elected, that it may enjoy popular majority support, does not normally entitle it to conscript the assets or services of individuals or firms which the public would find useful. Instead, it has to negotiate a voluntary agreement on terms which ultimately depend upon its relative bargaining position.

Prior to the enactment of the impugned legislation the government, acting in its role as employer, was demonstrating its leadership. The evidence clearly indicates that through the normal collective bargaining process the federal government had succeeded in keeping federal government wage

raient une hausse salariale d'au plus 6 pour 100 la première année et 5 pour 100 la seconde. Il espérait susciter des contrôles volontaires grâce à l'exemple du sacrifice imposé au secteur public. Le gouvernement fait donc valoir, pour justifier sa loi en vertu de l'article premier de la *Charte*, qu'il s'agissait là d'une démonstration de son rôle de chef de file.

Dans l'analyse du raisonnement avancé par le gouvernement pour justifier la Loi, savoir son rôle de chef de file, il est important de garder à l'esprit qu'il exerce deux fonctions: celle de législateur et celle d'employeur. Dans l'exercice de ces deux fonctions, il se peut, en effet, que le gouvernement ait la responsabilité de donner l'exemple au pays. Toutefois, le gouvernement à titre d'employeur ne jouit pas d'un pouvoir plus grand à l'égard de ses employés qu'un employeur du secteur privé. Comme le Juge en chef le rappelle dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (dont les motifs sont prononcés en même temps que le présent arrêt), le régime politique canadien a rejeté la notion que la négociation collective et la grève dans le secteur public constituent une menace pour la souveraineté du gouvernement élu. Au contraire, nous avons laissé la négociation collective et les grèves jouer un rôle important dans les relations de travail du secteur public. La raison en est claire; dans la plupart des cas, il est parfaitement raisonnable que le gouvernement négocie avec celui dont il veut retenir les services. Comme le fait remarquer Paul Weiler, dans *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), à la p. 216:

[TRADUCTION] Le fait que le gouvernement soit élu, qu'il jouisse de l'appui de la majorité de la population, ne l'autorise pas normalement à réquisitionner les biens ou les services de personnes physiques ou morales, que le public jugerait utiles. Au contraire, il doit négocier une entente volontaire dont les modalités dépendront en fin de compte de sa capacité relative de négociation.

Avant l'adoption de la loi en cause, le gouvernement, à titre d'employeur, avait déjà fait montre de son rôle de chef de file. Il ressort clairement de la preuve que, par le biais du processus normal de la négociation collective, le gouvernement fédéral était parvenu à maintenir les ententes salariales en

settlements below the corresponding rates in the private sector and in the provincial public sectors. The government, however, was not satisfied. It wanted to use its role as legislator to make a dramatic gesture concerning its commitment to fighting inflation. It was in a position to do this by resort to its role as employer. By abandoning the collective bargaining process and imposing legislative restraint on its employees it made such a gesture. The government, in short, not only wanted to be a leader (as it had been through its use of the collective bargaining process), it wanted to be seen publicly as a leader. To achieve this end restraint in fact was replaced by restraint in law which was, indeed, a high profile, dramatic step. It highlighted, as it was meant to do, that the government was serious about tackling inflation, that it meant business. But in so doing it violated the fundamental rights of its employees under the *Charter*.

It seems to me that if both public and private sector employees are free to engage in collective bargaining, which generally speaking they are, then public sector employees should not be deprived of this freedom as a means of government getting across its message, no matter how worthwhile that message may be. The government's avowed intent was to control inflation through voluntary compliance with the 6 and 5 guidelines. Yet by passing the *Public Sector Compensation Restraint Act* the government took away from its employees the ability to comply voluntarily with the guidelines. It seems somewhat paradoxical for the government to seek to inspire voluntary compliance by imposing a program of mandatory compliance. One might well ask how this can be seen as setting an example of voluntary compliance by either government or its employees.

The Chief Justice points to the restrictions placed on provincial public sector employees to show that the federal government's example was followed. I agree that the federal government's example was followed but it was the example of mandatory controls on the public sector. It was not demonstrated that the stated goal of inspiring

deçà des taux correspondants du secteur privé et des secteurs publics provinciaux. Toutefois, le gouvernement n'était pas satisfait. Il voulait recourir à sa fonction de législateur pour démontrer, par un geste spectaculaire, sa détermination à combattre l'inflation. Il était en mesure de le faire à titre d'employeur. En abandonnant le processus de négociation collective et en imposant des restrictions législatives à ses salariés, il a posé un tel geste. Bref, le gouvernement voulait non seulement jouer un rôle de chef de file (ce qu'il avait déjà fait au moyen du processus de négociation collective), mais encore voulait-il aussi être perçu comme tel par le public. Pour y parvenir, les restrictions de fait ont fait place à des restrictions de droit qui, en réalité, constituaient une mesure spectaculaire et draconienne. Cela montrait clairement, comme on l'avait voulu, que le gouvernement était bien déterminé à s'attaquer à l'inflation et qu'il ne plaisantait pas. Mais ce faisant, il violait les droits fondamentaux garantis à ses salariés par la *Charte*.

Il me semble que si les salariés tant du secteur public que du secteur privé sont libres de négocier collectivement, comme c'est en général le cas, les salariés du secteur public ne devraient pas être privés de cette liberté pour permettre au gouvernement de bien se faire comprendre, quel que soit l'intérêt de ce qu'il a à dire. L'intention avouée du gouvernement était de juguler l'inflation par le respect volontaire des indicateurs de 6 et 5. Et pourtant, en adoptant la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, le gouvernement a retiré à ses salariés la possibilité de se conformer volontairement à ces indicateurs. Il semble quelque peu paradoxal que le gouvernement ait cherché à susciter le respect volontaire en imposant un programme de respect obligatoire. On pourrait bien se demander comment cela peut être considéré comme un exemple de respect volontaire de la part du gouvernement ou de ses salariés.

Le Juge en chef voit dans les restrictions imposées aux salariés du secteur public provincial une indication que l'exemple du gouvernement fédéral a été suivi. Je conviens que l'exemple du gouvernement fédéral a été suivi, mais c'était là un exemple de contrôles obligatoires imposés au secteur public. Il n'a pas été démontré que l'objectif déclaré, qui

voluntary compliance by the private sector was achieved nor indeed, as already mentioned, did the steps taken constitute an example of such compliance.

It would be my conclusion, therefore, that the measures adopted were not “carefully designed to achieve the objective in question” as required by *Oakes*. I believe that they were “arbitrary” and “unfair” in that they were imposed upon a captive constituency, were not, on the government’s own admission, expected to have any direct effect on inflation, and could not possibly, for the reasons I have given, constitute an example of voluntary compliance for others to follow.

I would conclude also that the singling out of federal public sector employees for mandatory controls offended s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The discriminatory treatment of these employees was not rationally related to the alleged government objective of voluntary restraint as a means of controlling inflation and was therefore an unwarranted departure from the principle of equality and universal application of the law embodied in the section.

I would allow the appeal and award the appellant its costs both here and in the courts below. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, infringe upon the freedom of association guaranteed in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. Is the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. Does the *Public Sector Compensation Restraint Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 122, infringe upon the right to “equality before the law” recognized in s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III?

Answer: Yes.

était de susciter le respect volontaire par le secteur privé, a été atteint ni même, comme je l’ai déjà dit, que les mesures prises sont un exemple de respect volontaire.

^a Je conclus donc que les mesures adoptées n’ont pas été «soigneusement conçues pour atteindre l’objectif en question» comme l’exige l’arrêt *Oakes*. Je crois qu’elles étaient «arbitraires» et «inéquitables» en ce sens qu’elles ont été imposées à une main-d’œuvre captive, qu’on ne s’attendait pas, de l’aveu même du gouvernement, à ce qu’elles aient un effet direct sur l’inflation et qu’elles ne pouvaient absolument pas, pour les raisons que j’ai données, constituer un exemple de respect volontaire que d’autres pourraient suivre.

^d Je conclus aussi que le choix des salariés du secteur public fédéral comme cible des contrôles obligatoires est contraire à l’al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le traitement discriminatoire infligé à ces salariés n’avait pas de lien rationnel avec l’objectif gouvernemental allégué de restriction volontaire comme moyen de contrôler l’inflation et il s’écarterait donc, de manière injustifiée, du principe de l’égalité et de l’application universelle de la loi, consacré par cet alinéa.

^f Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’accorder à l’appelante ses dépens en cette Cour et dans les cours d’instance inférieure. Je suis d’avis également de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

^g 1. La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, empiète-t-elle sur la liberté d’association garantie à l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

^h Réponse: Oui.

2. La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, est-elle justifiée en fonction de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

ⁱ Réponse: Non.

^j 3. La *Loi sur les restrictions salariales du secteur public*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122, empiète-t-elle sur le droit à «l’égalité devant la loi» reconnu à l’al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III?

Réponse: Oui.

Appeal dismissed, DICKSON C.J. dissenting in part and WILSON J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Tanner Elton, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Archie Campbell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Réal A. Forest and Gilles Grenier, Ste-Foy.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General for Alberta: McLennan Ross, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Serge Kujawa, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: Ronald G. Penney, St. John's.

Pourvoi rejeté, le juge en chef DICKSON dissident en partie et le juge WILSON dissidente.

Procureurs de l'appelante: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Tanner Elton, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Archie Campbell, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Réal A. Forest et Gilles Grenier, Ste-Foy.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: McLennan Ross, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Serge Kujawa, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Ronald G. Penney, St. John's.

The Government of Saskatchewan, the Honourable Lorne J. McLaren, the Honourable Lorne H. Hepworth and his Honour Judge Robert Harvie Allan
Appellants

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General for Alberta *Interveniers*

v.

The Retail, Wholesale and Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955,

The United Food and Commercial Workers International Union, Locals P-241-1, P-241-2, P-241-3, P-241-4 and P-241-6,

The Dairy and Produce Workers, Local 834, affiliated with the International Brotherhood of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen and Helpers of America, Local 834,

The International Brotherhood of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen and Helpers of America, Local 395,

Maurice Hnidy, Doug Harold, Ron Orobko, Ron Bohn, Dean Schendel, John Kukurudza, Allan Goyer, Don Deck, Doug Leite, David Klassen, Reg Cox, Gordon Fairburn, Andy Stariuala, Lance Brownbridge *Respondents*

and

The Attorney General of Manitoba *Intervener*

INDEXED AS: RWDSU v. SASKATCHEWAN

File No.: 19430.

1985: October 8; 1987: April 9.

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

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Le gouvernement de la Saskatchewan, l'honorable Lorne J. McLaren, l'honorable Lorne H. Hepworth et monsieur le juge Robert Harvie Allan *Appellants*

a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

c.

Le Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, sections locales 544, 496, 635 et 955,

Le Syndicat international des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, sections locales P-241-1, P-241-2, P-241-3, P-241-4 et P-241-6,

The Dairy and Produce Workers, section locale 834, affilié à l'International Brotherhood of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen and Helpers of America, section locale 834,

The International Brotherhood of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen and Helpers of America, section locale 395,

Maurice Hnidy, Doug Harold, Ron Orobko, Ron Bohn, Dean Schendel, John Kukurudza, Allan Goyer, Don Deck, Doug Leite, David Klassen, Reg Cox, Gordon Fairburn, Andy Stariuala, Lance Brownbridge *Intimés*

h et

Le procureur général du Manitoba *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: SDGMR *c.* SASKATCHEWAN

i

N° du greffe: 19430.

1985: 8 octobre; 1987: 9 avril.

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

j

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Provincial legislation temporarily prohibiting strikes and lock-outs in dairy industry — Legislation providing for arbitration — Whether provincial legislation violated s. 2(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter — The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act, S.S. 1983-84, c. D-1.1.

Following unsuccessful contract talks between the respondent unions and the only major dairy businesses in Saskatchewan, the unions served strike notices on the dairies. Before the rotating strike could begin, the dairies served the unions with a series of lock-out notices covering all of their fluid milk plants. The provincial legislature responded to these developments by passing *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* which temporarily prohibited the dairy employees from striking and the dairies from locking out their employees. The Saskatchewan Court of Queen's Bench dismissed respondents' application for a declaration that the Act infringed the freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but their appeal to the Court of Appeal was allowed. This appeal is to determine whether the Act violates s. 2(d) of the *Charter* and, if so, whether such violation can be justified under s. 1.

Held (Wilson J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Beetz, Le Dain and La Forest JJ.: For the reasons expressed by Le Dain J. in the *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not include a guarantee of the right to bargain collectively and the right to strike. Accordingly, *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* did not violate s. 2(d) of the *Charter*.

Per McIntyre J.: For the reasons I expressed in the *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* did not violate freedom of association guaranteed in s. 2(d) of the *Charter* because freedom of association does not embody the right to strike.

Per Dickson C.J.: In the context of labour relations, the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Loi provinciale interdisant temporairement les grèves et les lock-out dans l'industrie laitière — Loi prescrivant le recours à l'arbitrage — La loi provinciale viole-t-elle l'art. 2d) de la Charte? — Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act, S.S. 1983-84, chap. D-1.1.

À la suite de négociations infructueuses entre les syndicats intimés et les seules entreprises laitières importantes de la Saskatchewan, les syndicats ont signifié des avis de grève aux laiteries. Avant que la grève tournante ne puisse commencer, les laiteries ont signifié aux syndicats une série d'avis de lock-out visant chacune de leurs usines de traitement du lait de consommation. La législature provinciale a réagi à ces événements en adoptant *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* qui interdisait temporairement aux employés d'usines laitières de faire la grève et aux laiteries de lock-outer leurs employés. La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a rejeté la requête des intimés visant à obtenir un jugement déclaratoire portant que la Loi enfreignait la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais leur appel devant la Cour d'appel a été accueilli. Le présent pourvoi vise à déterminer si la Loi viole l'al. 2d) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si cette violation peut être justifiée en vertu de l'article premier.

Arrêt (le juge Wilson est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Beetz, Le Dain et La Forest: Pour les motifs exprimés par le juge Le Dain dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'inclut aucune garantie des droits de négocier collectivement et de faire la grève. Par conséquent, *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* ne viole pas l'al. 2d) de la *Charte*.

Le juge McIntyre: Pour les motifs que j'ai exprimés dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* ne porte pas atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte* parce que cette liberté ne comprend pas le droit de faire la grève.

Le juge en chef Dickson: En matière de relations de travail, la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de

Charter included the freedom to bargain collectively and to strike. Therefore, *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* violated s. 2(d) of the *Charter* to the extent that it interfered with the employees' freedom to engage in strike activity that would have been lawful in the absence of the Act.

The Act was justifiable under s. 1 of the *Charter*. A legislature is entitled to abrogate the freedom of employees to strike if the effect of a strike or lock-out would be especially injurious to the economic interests of third parties, provided that the legislature substituted a fair arbitration scheme to resolve the dispute. The rationale for such an abrogation is that third parties who do not participate in a particular collective bargaining process ought not to be unduly harmed when the bargaining fails to produce a settlement. Economic harm to a third party will not always suffice, however, to justify, under s. 1, legislation abrogating the right to strike. In an interdependent economy, it is inevitable that a work stoppage in one industry will entail detrimental economic consequences for at least some individuals in other industries. In order for the legislation to be saved under s. 1, the objective advanced to justify the legislation must relate to a "pressing and substantial concern". Moreover, the legislative objective must be weighed against the deleterious effects of the measures which limit the enjoyment of the *Charter* right. In view of these principles established in *Oakes*, the relevant question to be answered in making such a determination is whether the potential for economic harm to third parties during a work stoppage is so massive and immediate and so focussed in its intensity as to justify the limitation of a constitutionally guaranteed freedom in respect of those employees.

In the case at bar, the legislative objective of avoiding serious harm to dairy farmers, in light of the unique nature of the dairy industry, constituted a satisfactory justification for the abrogation of the freedom of the dairy plant workers to strike. The evidence adduced indicated that the strike and the lock-out would entail a virtually total closure of milk processing facilities in Saskatchewan. These facilities provided the sole outlet for dairy farmers and their closure would pose a serious threat to the farmers in that they would be forced to dump their product. The dairy farmers could not stop production and could not store the milk for more than three days. These effects would persist whether the work stoppage was of a short or long duration. Not only were the threatened economic losses large in absolute terms

la *Charte* comprend la liberté de négocier collectivement et de faire la grève. Par conséquent, *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* enfreint l'al. 2d) de la *Charte* dans la mesure où elle porte atteinte à la liberté des employés de faire une grève qui, n'eût été la Loi, aurait été légale.

La Loi est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le législateur est autorisé à supprimer la liberté de grève d'employés chaque fois qu'une grève ou un lock-out nuirait particulièrement aux intérêts économiques de tierces personnes, pourvu qu'il substitue à ces moyens de pression un régime équitable d'arbitrage permettant de régler le différend. La raison d'être d'une telle suppression est que les tiers qui ne participent pas à un processus donné de négociation collective ne devraient pas avoir à subir de préjudice indu lorsque les négociations n'aboutissent pas à un accord. Toutefois, le préjudice économique subi par un tiers ne sera pas toujours suffisant pour justifier, en vertu de l'article premier, une loi supprimant le droit de grève. Dans une économie interdépendante, il est inévitable qu'un arrêt de travail dans un secteur donné aura des conséquences économiques fâcheuses, pour certaines personnes du moins, dans d'autres secteurs. Pour que la loi en question puisse être sauvegardée en vertu de l'article premier, il faut que l'objectif proposé pour la justifier se rapporte à une «préoccupation urgente et réelle». Il faut en outre soupeser l'objectif de la loi en question et les effets préjudiciables des mesures qui limitent la jouissance du droit garanti par la *Charte*. Compte tenu de ces principes établis dans l'arrêt *Oakes*, la question à laquelle il faut répondre dans cette détermination est de savoir si le préjudice économique que des tiers risquent de subir pendant un arrêt de travail est considérable, immédiat et concentré dans ses effets au point de justifier, dans le cas de ces salariés, la restriction d'une liberté garantie par la Constitution.

En l'espèce, compte tenu du caractère unique de l'industrie laitière, l'objectif du législateur d'éviter que les producteurs laitiers ne subissent un préjudice grave constitue un motif suffisant pour justifier la suppression de la liberté de grève des travailleurs d'usines laitières. D'après la preuve, la grève et le lock-out entraîneraient la fermeture quasi totale des installations de traitement du lait en Saskatchewan. Ces installations représentaient le seul débouché des producteurs laitiers et leur fermeture constituerait une grave menace pour ces derniers en ce sens qu'ils seraient obligés de jeter leur produit. Les producteurs laitiers ne pouvaient pas arrêter la production ni ne pouvaient entreposer le lait pendant plus de trois jours. Ces effets subsisteraient peu importe que l'arrêt de travail soit de courte ou de longue

but they were to be borne in their full intensity by the province's 800 dairy farmers. The economic harm threatened by a total work stoppage in the dairy processing industry was so immediate, of such a high degree and of such an intense focus as to fall well within the ambit of the legislature's discretion to substitute a fair and efficient arbitration scheme for the dairy processing employees' freedom to strike.

The compulsory arbitration scheme enacted in the Act met the criteria of proportionality for such a scheme. The Act applied only to the workers in the dairy industry; it provided for a neutral arbitrator; either party could ultimately compel the other to submit to arbitration without interference from the government; and the scope of arbitration was not legislatively restricted. Accordingly, the Act satisfied the requirements of s. 1 of the *Charter* and embodied a reasonable limit on freedom of association.

Per Wilson J. (dissenting): The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act could not be saved under s. 1. The prevention of economic harm to a particular sector is not *per se* a government objective of sufficient importance to justify the limitation on the freedom of association guaranteed by s. 2(d). Economic regulation is an important government function in today's society but, if it is to be done at the expense of our fundamental freedoms, then it must be done in response to a serious threat to the well-being of the body politic or a substantial segment of it. The evidence adduced in this case fell far short of establishing economic harm to the dairy workers and the public which is in that category.

There is, however, a point at which government interference with the collective bargaining process is justified. To determine under s. 1 of the *Charter* when that point has been reached, the government must satisfy the court that as a minimum the damage to the dairy industry as a consequence of the work stoppage would be considerably greater than that which would flow in the ordinary course of things from a work stoppage of reasonable duration. Industry and the public accept a certain amount of damage and inconvenience as the price of maintaining free negotiation in the work place. Such damage and inconvenience cannot therefore constitute the "pressing and substantial concern" held by this Court in *Oakes* to justify government intervention. There has to be more to it than that. There is no basis of solid fact in this case on which to make a judgment as to

durée. Non seulement les pertes économiques qui risquaient de se produire étaient-elles considérables au sens absolu, mais c'étaient les 800 producteurs laitiers de la province qui devraient en supporter tout le poids. Le préjudice économique que risquait d'occasionner un arrêt total du travail dans l'industrie du traitement du lait était à ce point immédiat, considérable et concentré dans ses effets qu'il relevait clairement du pouvoir discrétionnaire qu'a le législateur de substituer un régime d'arbitrage juste et efficace à la liberté de grève des employés d'usines de traitement du lait.

Le régime d'arbitrage obligatoire établi par la Loi satisfait aux critères de proportionnalité applicables à un tel régime. La Loi n'est applicable qu'aux travailleurs de l'industrie laitière; elle prévoit le recours à un arbitre neutre; une partie peut en définitive obliger l'autre à aller en arbitrage sans intervention gouvernementale; de plus, la Loi n'apporte aucune restriction à la portée de l'arbitrage. Par conséquent, la Loi remplit les exigences de l'article premier de la *Charte* et la restriction qu'elle apporte à la liberté d'association est raisonnable.

Le juge Wilson (dissident): L'article premier ne permet pas de sauvegarder *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*. La prévention d'un préjudice économique pour un secteur particulier ne constitue pas en soi un objectif gouvernemental suffisamment important pour justifier la restriction de la liberté d'association garantie par l'al. 2d). La réglementation en matière économique est une importante fonction gouvernementale dans la société d'aujourd'hui mais, si elle doit être accomplie aux dépens de nos libertés fondamentales, elle doit alors faire suite à une menace grave au bien-être de l'État ou d'une partie importante de celui-ci. La preuve soumise en l'espèce n'établit pas que les producteurs laitiers et le public subiront un préjudice économique qui s'inscrit dans cette catégorie.

Il y a toutefois un point où l'ingérence gouvernementale dans le processus de négociation collective est justifiée. Pour que la cour puisse déterminer en vertu de l'article premier de la *Charte* à quel moment ce point a été atteint, le gouvernement doit la convaincre au moins que le préjudice que subirait l'industrie laitière par suite de l'arrêt de travail serait sensiblement plus grave que celui qui résulterait dans le cours ordinaire d'un arrêt de travail d'une durée raisonnable. L'industrie et le public acceptent un certain niveau de préjudices et d'inconvénients comme prix à payer pour conserver la liberté de négociation dans le milieu de travail. Par conséquent, ces préjudices et inconvénients ne peuvent constituer la «préoccupation urgente et réelle» qui, selon ce que la Cour a jugé dans l'arrêt *Oakes*, est nécessaire pour justifier l'intervention du gouvernement. Il doit y avoir

whether the government's intervention was reasonable or not. The government has thus failed to discharge its onus and the infringement of respondents' freedom of association accordingly was not demonstrably justified.

Assuming that the objective of protecting the economic interests of dairy farmers was of sufficient importance to justify overriding the workers' right to strike, the means chosen were not closely tailored to the objective so as to ensure the least possible infringement of the right. The government should not automatically respond with a total strike ban and the institution of compulsory arbitration. In the complex area of economic harm, the tailoring need not be exact but tailoring there must be. Here, the government did not establish that it had to impose such measure. On the contrary, the evidence adduced seemed to indicate that it could have tailored its legislative response in this case by instituting a partial ban on both strike and lock-out. This would have attained its objective while at the same time meeting the proportionality test enunciated in *Oakes*.

The second government objective supporting the limitation on the freedom under s. 2(d) was that the dairy workers provided an essential service—the delivery of an important food product to the consumers—and that the cessation of such delivery might threaten the health of part of the population. There was no evidence to support this allegation. No threat to the health of Saskatchewan consumers was therefore established.

Cases Cited

By Le Dain J.

Applied: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

By McIntyre J.

Applied: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

By Dickson C.J.

Referred to: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580*

plus que cela. Il n'y a en l'espèce aucune base factuelle solide qui permette de se prononcer sur la question de savoir si l'intervention du gouvernement était raisonnable ou non. Il s'ensuit que le gouvernement ne s'est pas acquitté de son obligation et qu'il n'a donc pas démontré que la violation de la liberté d'association des intimés était justifiée.

À supposer que l'objectif de la protection des intérêts économiques des producteurs laitiers soit suffisamment important pour justifier la suppression du droit de grève des travailleurs, les moyens choisis n'étaient pas directement adaptés à cet objectif de manière à assurer que l'on porterait le moins possible atteinte à ce droit. Le gouvernement ne devrait pas répondre automatiquement par une interdiction totale de faire grève et par l'imposition de l'arbitrage obligatoire. Dans le domaine complexe du préjudice économique, l'«adaptation» est obligatoire quoiqu'elle n'ait pas à être parfaite. En l'espèce, le gouvernement n'a pas démontré qu'il se devait d'imposer une telle mesure. Au contraire, il semble ressortir de la preuve que le gouvernement aurait pu adapter sa réponse législative en l'espèce en décrétant une interdiction partielle à la fois de faire la grève et d'imposer un lock-out. Cela lui aurait permis d'atteindre son objectif tout en satisfaisant au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

Le second objectif invoqué par le gouvernement à l'appui de la restriction à la liberté que prévoit l'al. 2d), porte que les travailleurs de l'industrie laitière fournissent un service essentiel, soit la livraison aux consommateurs d'un produit alimentaire important, et que l'arrêt de cette livraison pourrait mettre en danger la santé d'une partie de la population. Aucun élément de preuve n'a été présenté à l'appui de cet argument. Par conséquent, on n'a établi l'existence d'aucune menace à la santé des consommateurs de la Saskatchewan.

Jurisprudence

Citée par le juge Le Dain

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

Citée par le juge McIntyre

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts mentionnés: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Local*

(1984), 10 D.L.R. (4th) 198, aff'd on a different issue, [1986] 2 S.C.R. 573.

By Wilson J. (dissenting)

PSAC v. Canada, [1987] 1 S.C.R. 424; *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d), 24(1).

Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act, S.S. 1983-84, c. D-1.1.

Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 34.

Authors Cited

Adell, Bernard. "Establishing a Collective Employee Voice in the Workplace: How Can the Obstacles be Lowered?" In *Essays in Labour Relations Law*. Papers presented at the Conference on Government and Labour Relations: The Death of Voluntarism. School Management, University of Lethbridge, September 6-8, 1984. Don Mills, Ont.: CCH Canadian Ltd., 1986.

Arthurs H. W. "Free Collective Bargaining in a Regulated Society". In *The Direction of Labour Policy in Canada*. Edited by Frances Bairstow. Montréal: McGill University. Industrial Relations Centre, 1977.

Arthurs, H. W. "Public Interest Labor Disputes in Canada: A Legislative Perspective" (1967), 17 *Buffalo L. Rev.* 39.

Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of Task Force on Labour Relations*. Ottawa: Privy Council Office, 1968.

International Labour Organization. *Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the I.L.O.*, 3rd ed. Geneva: International Labour Office, 1985.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1985), 19 D.L.R. (4th) 609, [1985] 5 W.W.R. 97, 39 Sask. R. 193, 85 CLLC ¶ 14,054, allowing respondents' appeal from a judgment of the Court of Queen's Bench (1984), 12 D.L.R. (4th) 10, [1984] 4 W.W.R. 717, 33 Sask. R. 219, 84 CLLC ¶ 14,061, 10 C.R.R. 1. Appeal allowed, Wilson J. dissenting.

580 (1984), 10 D.L.R. (4th) 198, conf. sur un point différent, [1986] 2 R.C.S. 573.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

^a *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

Lois et règlements cités

^c *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2d), 24(1).

Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act, S.S. 1983-84, chap. D-1.1.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Trade Union Act, R.S.S. 1978, chap. T-17, art. 34.

^d Doctrine citée

Adell, Bernard. «Establishing a Collective Employee Voice in the Workplace: How Can the Obstacles be Lowered?» In *Essays in Labour Relations Law*. Papers presented at the Conference on Government and Labour Relations: The Death of Voluntarism. School Management, University of Lethbridge, September 6-8, 1984. Don Mills, Ont.: CCH Canadian Ltd., 1986.

^f Arthurs H. W. «Free Collective Bargaining in a Regulated Society». In *The Direction of Labour Policy in Canada*. Edited by Frances Bairstow. Montréal: McGill University. Industrial Relations Centre, 1977.

^g Arthurs, H. W. «Public Interest Labor Disputes in Canada: A Legislative Perspective» (1967), 17 *Buffalo L. Rev.* 39.

Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. *Les relations du travail au Canada: Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail*. Ottawa: Bureau du Conseil privé, 1968.

^h Organisation internationale du Travail. *La liberté syndicale: Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du B.I.T.*, 3^e éd. Genève: Bureau international du Travail, 1985.

ⁱ POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1985), 19 D.L.R. (4th) 609, [1985] 5 W.W.R. 97, 39 Sask. R. 193, 85 CLLC ¶ 14,054, qui a accueilli l'appel interjeté par les intimés contre un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1984), 12 D.L.R. (4th) 10, [1984] 4 W.W.R. 717, 33 Sask. R. 219, 84 CLLC ¶ 14,061, 10 C.R.R. 1. Pourvoi accueilli, le juge Wilson est dissidente.

Robert G. Richards and B. G. Welsh, for the appellants.

George Taylor, Q.C., for the respondents.

Eric Bowie, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada. ^a

John Cavarzan, Q.C., for the intervener the Attorney General for Ontario.

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

Brian R. Burrows, for the intervener the Attorney General for Alberta. ^c

Valerie J. Matthews Lemieux and W. Glenn McFetridge, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal raises the question whether *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, c. D-1.1, or any part thereof, violates the guarantee of freedom of association under s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether such violation can be justified under s. 1.

I

Facts

The individual respondents are employees of the only major dairy businesses in Saskatchewan, Palm Dairies Limited ("Palm") and Dairy Producers Co-operative Limited ("Co-op"). The respondent unions represent all of the employees—except those excluded from membership in any bargaining unit—in eleven of the only twelve fluid milk plants operating in the province.

In March of 1984, contract talks were conducted between Palm and Co-op and the respondent unions. No progress was made towards an agreement. On March 31, 1984, Local P-241-2 of the respondent United Food and Commercial Workers International Union served notice on Palm that strike action would commence on April 8, 1984, at Palm's Saskatoon plant. The Dairy and Produce

Robert G. Richards et B. G. Welsh, pour les appelants.

George Taylor, c.r., pour les intimés.

Eric Bowie, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada. ^a

John Cavarzan, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

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

Brian R. Burrows, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta. ^c

Valerie J. Matthews Lemieux et W. Glenn McFetridge, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

^d Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi soulève la question de savoir si *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, chap. D-1.1, ou une partie quelconque de cette loi, viole la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cette violation peut être justifiée en vertu de l'article premier. ^e

^f

I

Les faits

Les particuliers intimés sont des employés de Palm Dairies Limited («Palm») et de Dairy Producers Co-operative Limited («Co-op»), les seules entreprises laitières importantes de la Saskatchewan. Les syndicats intimés représentent tous les employés (sauf ceux qui, par voie d'exclusion, ne peuvent appartenir à aucune unité de négociation) de onze des douze usines de traitement du lait de consommation que compte la province. ^g

En mars 1984, des négociations ont eu lieu entre Palm et Co-op d'une part et les syndicats intimés d'autre part. On n'a fait aucun progrès vers la signature d'une convention collective. Le 31 mars 1984, la section locale P-241-2 du Syndicat international des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, l'un des intimés, a avisé Palm qu'une grève serait déclenchée le 8 avril 1984 à son ^h

Workers, Local 834, notified Co-op on March 31 that strike action would begin on April 8 at the Co-op Regina plant. However, this notice was withdrawn on April 6 when Local 834 instead notified Palm of strike action beginning on April 9 at Palm's Regina plant. It appears from the evidence that what was intended by the unions was some form of partial or rotating strike. These intentions were defeated by the employers, who, on April 1, served the unions with a series of lock-out notices covering all of the eleven Co-op and Palm fluid milk plants and taking effect on April 8.

On April 9 the legislature of Saskatchewan responded to these developments by enacting *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, c. D-1.1, which came into force immediately. It had the temporary effect of prohibiting the dairy employees from striking and prohibiting a lock-out by their employers.

The respondents applied to the Saskatchewan Court of Queen's Bench for a declaration that the Act infringed freedom of association and was thereby of no force and effect. A number of affidavits were filed on behalf of the respondents containing the following opinion as to the result that would have obtained if the employers had not locked out the employees:

- (a) Approximately 85% of the capacity of the dairy industry in Saskatchewan would have continued to function and provide services and commodities to dairy farmers and to the consumers of dairy products;
- (b) The pick-up of milk from dairy farmers in Saskatchewan for use in the dairy industry would have continued at full capacity; and
- (c) The total quantity of milk and milk products previously available to consumers in Saskatchewan could have continued to be available because Dairy Producers has sufficient capacity to make up for any shortfall consequent on Palm's not operating.

Attached to the affidavits, however, were the lock-out notices of the employers indicating that the employers would not co-operate with the partial

usine de Saskatoon. Le 31 mars, la section locale 834 de Dairy and Produce Workers a informé Co-op qu'une grève serait déclenchée le 8 avril à son usine de Regina. Ce dernier avis de grève a toutefois été retiré le 6 avril quand la section locale 834 a plutôt notifié à Palm son intention d'entreprendre une grève le 9 avril à son usine de Regina. Il ressort de la preuve que ce qu'envisageaient les syndicats était une forme de grève partielle ou tournante. Les employeurs ont mis fin à ces intentions lorsqu'ils ont, le 1^{er} avril, signifié aux syndicats une série d'avis de lock-out visant chacune des onze usines de traitement du lait de consommation de Co-op et de Palm. Ces lock-out devaient entrer en vigueur le 8 avril.

Le 9 avril, la législature de la Saskatchewan a réagi à ces événements en adoptant *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, chap. D-1.1, qui est entrée en vigueur immédiatement. Elle avait pour effet d'interdire temporairement toute grève par les employés des usines laitières et tout lock-out par leurs employeurs.

Les intimés ont demandé à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan un jugement déclaratoire portant que la Loi violait la liberté d'association et était, par conséquent, inopérante. Un certain nombre d'affidavits, déposés pour le compte des intimés, contiennent l'opinion suivante quant à ce qui se serait produit si les employeurs n'avaient pas lock-outé les employés:

[TRADUCTION]

- a) L'industrie laitière de la Saskatchewan aurait continué à fonctionner et à fournir services et denrées aux producteurs laitiers et aux consommateurs de produits laitiers dans une proportion d'environ 85 pour 100 de son rendement normal;
- b) la collecte, auprès des producteurs laitiers de la Saskatchewan, du lait destiné à être utilisé dans l'industrie laitière aurait continué comme avant; et
- c) la même quantité totale de lait et de produits laitiers aurait pu continuer à être offerte aux consommateurs de la Saskatchewan parce que Dairy Producers est en mesure de compenser tout manque résultant de la fermeture de Palm.

Toutefois, étaient joints aux affidavits les avis de lock-out des employeurs, qui révélaient que ces derniers n'avaient pas l'intention de prêter leur

strike planned by the unions. The respondents also submitted several newspaper articles as exhibits attached to an affidavit. The Attorney General for Saskatchewan adduced no evidence.

The Chambers judge, Sirois J. dismissed the application: (1984), 12 D.L.R. (4th) 10. An appeal was taken to the Saskatchewan Court of Appeal and the appeal was allowed, Brownridge J.A. dissenting: (1985), 19 D.L.R. (4th) 609. On appeal to this Court, the Attorneys General of Canada, Ontario, British Columbia and Alberta intervened on behalf of the appellants. The Attorney General of Manitoba intervened on behalf of the respondents.

II

The Constitutional Questions

The Constitutional questions read as follows:

1. Does *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, c. D-1.1, or any part thereof, infringe or deny freedom of association guaranteed in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, c. D-1.1, or any part thereof, does infringe or deny freedom of association guaranteed in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the Act, or such part, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

III

Relevant Legislation

1. *The Charter*

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:
 - (a) freedom of conscience and religion;

conours à la grève partielle projetée par les syndicats. Les intimés ont également produit plusieurs coupures de journaux comme pièces annexées à un affidavit. Quant au procureur général de la Saskatchewan, il n'a présenté aucune preuve.

Le juge Sirois, siégeant en chambre, a rejeté la demande: (1984), 12 D.L.R. (4th) 10. L'appel interjeté devant la Cour d'appel de la Saskatchewan a été accueilli, mais avec dissidence de la part du juge Brownridge: (1985), 19 D.L.R. (4th) 609. En cette Cour, le procureur général du Canada et ceux de l'Ontario, de la Colombie-Britannique et de l'Alberta sont intervenus en faveur des appelants. Le procureur général du Manitoba est intervenu en faveur des intimés.

II

d Les questions constitutionnelles

Les questions constitutionnelles sont ainsi formulées:

1. *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, chap. D-1.1, ou une partie quelconque de cette loi, constitue-t-elle une violation ou une négation de la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, chap. D-1.1, ou une partie quelconque de cette loi, constitue une violation ou une négation de la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Loi, ou cette partie de la Loi, est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

III

h Les dispositions législatives pertinentes

1. *La Charte*

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:
 - a) liberté de conscience et de religion;

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

(c) freedom of peaceful assembly; and

(d) freedom of association. [Emphasis added.]

2. *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*

2 ...

(f) "work stoppage" means a strike, lock-out, work slow down or a refusal or failure to perform the usual duties of employment.

3 Immediately upon the coming into force of this Act:

(a) the employees shall resume the duties of their employment with the employer; and

(b) the employer shall permit its employees to resume their employment;

in accordance with the terms and conditions of the last collective bargaining agreement.

6 Notwithstanding any other Act or law or any provision of the last collective bargaining agreement to the contrary, the term of that agreement is extended to include the period commencing on April 1, 1984, and ending on the day on which a new or amended collective bargaining agreement is concluded in accordance with this Act and the terms and conditions of the last collective bargaining agreement remain in effect between the employer and the union for that period.

7 During the period for which the last collective bargaining agreement is extended in accordance with section 6:

(a) the employer shall not declare or cause a work stoppage,

(b) no officer or representative of the union shall declare, authorize or direct a work stoppage of any employee against the employer; and

(c) no employee shall participate in a work stoppage against the employer.

8 Where, 15 days after the coming into force of this Act, a new or amended collective bargaining agreement has not been concluded between the employer and the union, the employer and the union shall submit to final and binding arbitration in accordance with this Act.

12 (1) Every person who contravenes this Act is guilty of an offence and liable on summary conviction:

(a) in the case of an offence committed by the employer or the union or by a person acting on behalf

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

c) liberté de réunion pacifique;

d) liberté d'association. [C'est moi qui souligne.]

2. *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*

[TRANSLATION] 2 ...

f) «arrêt de travail» signifie une grève, un lock-out, un ralentissement de travail ou le refus ou l'omission de remplir les fonctions habituelles d'un emploi.

3 Dès l'entrée en vigueur de la présente loi:

a) les employés reprendront leurs fonctions chez l'employeur; et

b) l'employeur permettra à ses employés de reprendre leurs fonctions;

conformément aux modalités énoncées dans leur dernière convention collective.

6 Nonobstant ce que peut prévoir toute autre loi ou toute disposition contraire de la dernière convention collective, celle-ci est prorogée à partir du 1^{er} avril 1984 jusqu'au jour de la signature conformément à la présente loi d'une nouvelle convention collective ou d'une convention modifiée, et les modalités énoncées dans la dernière convention collective demeurent applicables à l'employeur et au syndicat pendant cette période.

7 Pendant la durée de la prorogation de la dernière convention collective conformément à l'article 6:

a) l'employeur ne déclarera ni ne provoquera un arrêt de travail;

b) aucun dirigeant ni aucun représentant du syndicat ne déclarera, n'autorisera ni n'ordonnera un arrêt de travail dirigé par un employé contre un employeur; et

c) aucun employé ne participera à un arrêt de travail dirigé contre un employeur.

8 Si, dans les 15 jours suivant l'entrée en vigueur de la présente loi, une nouvelle convention collective ou une convention modifiée n'intervient pas entre l'employeur et le syndicat, ceux-ci se soumettront à l'arbitrage exécutoire et sans appel conformément à la présente loi.

12 (1) Quiconque contrevient à la présente loi est coupable d'une infraction et est passible, sur déclaration sommaire de culpabilité:

a) dans le cas d'une infraction commise par l'employeur ou le syndicat ou par une personne agissant

of the employer or the union, to a fine of not more than \$1,000 and, in the case of a continuing offence, to a further fine of \$200 for each day or part of a day during which the offence continues;

(b) in the case of an offence committed by any person other than one described in clause (a), to a fine of not more than \$100 and in the case of a continuing offence, to a further fine of \$25 for each day or part of a day during which the offence continues.

IV

Judgments

1. *Court of Queen's Bench*

Sirois J. referred to the opinion expressed in the union affidavits that the dairy industry would have continued 85 per cent unimpeded if a lock-out had not occurred as "purely speculative". He held that irreconcilable differences between labour and management, involving an imminent threat of a strike and lock-out and consequential harm to dairy farmers and the public, justified the enactment of the impugned legislation.

In his view, it was unnecessary to resort to s. 1 of the *Charter* since the legislation did not violate s. 2(d). A democracy by its very nature imposes restrictions on freedom through majority rule and "The courts must in this sense respect the duly enacted legislation, which must be looked upon as the expressed intention of the majority of the people" (p. 24). He concluded that the right to strike is not a fundamental freedom but exists within a statutory framework designed to ensure peace and order in labour relations.

Sirois J. continued by pointing out that even if the Act did violate s. 2(d) of the *Charter*, the legislation was saved by s. 1. The impasse between the two sides had to be resolved for the welfare and greater common good of the citizens of the

pour le compte de l'employeur ou du syndicat, d'une amende ne dépassant pas 1 000 \$ et, s'il s'agit d'une infraction continue, d'une amende supplémentaire de 200 \$ pour chaque journée ou partie de journée pendant laquelle la perpétration de l'infraction se poursuit;

b) dans le cas d'une infraction commise par une personne autre que celles décrites à l'alinéa a), d'une amende ne dépassant pas 100 \$ et, s'il s'agit d'une infraction continue, d'une amende supplémentaire de 25 \$ pour chaque journée ou partie de journée pendant laquelle la perpétration de l'infraction se poursuit.

IV

Les jugements

1. *Cour du Banc de la Reine*

Le juge Sirois a qualifié de [TRADUCTION] «purement spéculative» l'opinion exprimée dans les affidavits déposés par les syndicats, selon laquelle l'industrie laitière aurait continué de fonctionner dans une proportion de 85 pour 100 de son rendement normal s'il n'y avait pas eu de lock-out. Il a conclu que des points de divergence inconciliables entre les travailleurs et les employeurs, qui comptaient une menace imminente de grève et de lock-out au préjudice des producteurs laitiers et du public, justifiaient l'adoption de la loi en cause.

Selon lui, il n'était pas nécessaire de recourir à l'article premier de la *Charte* puisque la Loi ne violait pas l'al. 2d). Une démocratie, de par sa nature même, impose des restrictions à la liberté en vertu de la règle de la majorité et [TRADUCTION] «Dans ce sens, les tribunaux sont tenus de respecter toute loi dûment adoptée, qui doit être considérée comme l'expression de la volonté de la majorité des gens» (p. 24). Il a conclu que le droit de grève n'est pas une liberté fondamentale, mais qu'il existe dans un cadre législatif conçu pour assurer la paix et l'ordre dans les relations de travail.

Le juge Sirois a poursuivi en soulignant que même si la Loi enfreignait l'al. 2d) de la *Charte*, elle était sauvegardée en vertu de l'article premier. L'impasse entre les deux parties devait être réglée au mieux des intérêts des citoyens de la province.

province. The government was, therefore, justified in enacting the legislation.

2. Court of Appeal

The appeal was allowed by the majority.

(i) Bayda C.J.S.

Bayda C.J.S. held that every freedom has an inherent limit; a freedom without an inherent limit would lead to an absurdity, for a freedom of everyone to do everything is a freedom to do nothing. The limitations on freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* are, according to Bayda C.J.S., as follows: 1) individuals are free to perform in association without governmental interference only those acts that they are free to perform alone; 2) where an act by definition is incapable of individual performance, an individual is free to perform the act in association provided the mental component of the act is not to inflict harm.

According to the Chief Justice, those cases which have held that freedom of association only covers the act of combining and not activities in pursuit of the combination's purposes should not be followed. "To be in association means to act in association, for, it is metaphysically impossible for a human being to exist in a state of inanimateness, or in a state of no movement, or as it were, in a state of mere beingness" (p. 615). Freedom of association must, therefore, mean freedom to act as well as to be in association.

A strike is a concerted refusal to work and is, therefore, association. An individual may refuse to work. It follows, according to Bayda C.J.S. that the act of refusal to work by employees acting in concert is permissible. Since there was, in his view, some force to the contention that a strike by its nature was an act incapable of performance by an individual, the Chief Justice considered whether strike activity fell into the second class of inherently prohibited acts. He concluded that it did not. The dominant mental element of a strike was to compel an employer to agree to terms and conditions of employment, not to inflict injury. Thus,

Le gouvernement a donc eu raison d'adopter la Loi en question.

2. Cour d'appel

^a La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel.

(i) Le juge en chef Bayda de la Saskatchewan

^b Le juge en chef Bayda a conclu que chaque liberté comporte en soi des limites et qu'une liberté sans limites inhérentes mènerait à l'absurdité, car la liberté de chacun de faire quoi que ce soit constitue en réalité une liberté de ne rien faire du tout. D'après le juge en chef Bayda, l'al. 2d) de la *Charte* impose à la liberté d'association les restrictions suivantes: 1) les gens ne sont libres d'accomplir collectivement, sans intervention gouvernementale, que les actes qu'ils sont libres d'accomplir seuls; 2) dans le cas d'un acte non susceptible par définition d'être accompli par un seul individu, les individus ont la liberté de s'associer pour l'accomplir pourvu qu'il n'ait pas pour but de causer un préjudice.

^c Selon le Juge en chef, la jurisprudence qui établit que la liberté d'association vise seulement l'acte qui consiste à s'associer et non pas les activités exercées conformément aux objets de l'association, ne doit pas être suivie. [TRADUCTION] «Être associé signifie agir de concert, car il est métaphysiquement impossible qu'un être humain existe dans un état inanimé, ou dans un état d'inertie ou, pour ainsi dire, dans un état de simple existence» (p. 615). La liberté d'association doit donc s'entendre aussi bien de la liberté d'agir de concert que de celle d'être associé.

^d Une grève est un refus concerté de travailler et constitue donc une association. Un individu peut refuser de travailler. Il s'ensuit, selon le juge en chef Bayda, qu'il est permis à des employés agissant de concert d'accomplir l'acte qui consiste à refuser de travailler. Puisque, à son avis, ce n'était pas sans raison qu'on a soutenu qu'une grève est, de par sa nature même, un acte non susceptible d'accomplissement par un seul individu, le Juge en chef a examiné si une grève se situe dans la seconde catégorie, celle des actes intrinsèquement interdits. Il a conclu que non. Le but principal d'une grève est de forcer un employeur à en venir à

legislation which prohibits strikes is in violation of s. 2(d).

Accordingly, Bayda C.J.S. turned to s. 1 to determine whether the legislation was justifiable as a reasonable limit on the freedom of association of the respondents (at pp. 627-28):

The exiguous circumstances disclosed in the affidavits leave to conjecture and speculation the economic and many other relevant circumstances of the appellants [respondents] who presumably would be detrimentally affected by the imposition of any limit. Apart from some inadmissible information contained in newspaper clippings (wrongly relied upon by the chambers judge as evidence) attached to one of the affidavits, the affidavits taken in their entirety say virtually nothing about the circumstances of the two companies, or of the producers of the milk, or of the consumers, all of whom presumably would be detrimentally affected if no limit were imposed. A number of the deponents stated an opinion that the proposed rotating strikes by the unions would not have deprived consumers of milk and would not have resulted in the producers being unable to market their milk. There was some information to support that opinion; there was no evidence to contradict or undermine it. In the end, I am compelled to say that there was not sufficient material before the chambers judge to enable him to engage in the balancing process he needed to engage in to arrive at a reasoned decision upon the reasonableness of the limit. Had the proper circumstances been disclosed to him, he may indeed have arrived at a reasoned decision that the limit was reasonable. On the other hand, he may not have. In other words, the impugned legislation may be reasonable but we have no way of knowing that. [Emphasis added.]

Thus, the onus under s. 1 of the *Charter* was not satisfied. Bayda C.J.S. concluded that the Act was of no force and effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and the respondents were entitled to a declaration under s. 24(1) of the *Charter*.

(ii) Cameron J.A. (concurring in result)

According to Cameron J.A. the objects of a trade union include the improvement of working

une entente quant aux conditions de travail et non pas de causer un préjudice. Ainsi, toute loi qui interdit le recours à la grève enfreint l'al. 2d).

En conséquence, le juge en chef Bayda a eu recours à l'article premier en vue de déterminer si la Loi était justifiable à titre de limite raisonnable imposée à la liberté d'association des intimés (aux pp. 627 et 628):

[TRADUCTION] Vu le peu de détails fournis par les affidavits, on en est réduit aux conjectures quant à la situation économique des appelants [intimés], qui subiraient vraisemblablement un préjudice si des restrictions étaient imposées, et quant à un grand nombre d'autres aspects pertinents de leur situation. Mis à part quelques renseignements inadmissibles contenus dans des coupures de journaux (que le juge en chambre a erronément considérées comme des éléments de preuve) annexées à l'un des affidavits, les affidavits dans l'ensemble n'apportent presque aucune précision concernant la situation des deux sociétés, des producteurs laitiers ou encore des consommateurs qui subiraient tous probablement un préjudice si aucune restriction n'était imposée. Un certain nombre de déposants ont exprimé l'opinion que les grèves tournantes envisagées par les syndicats n'auraient pas eu pour effet de priver de lait les consommateurs ni n'auraient mis les producteurs dans l'impossibilité d'écouler leur lait. Il y avait des données à l'appui de ce point de vue et il n'y avait aucun élément de preuve qui le contredisait ou l'affaiblissait. En définitive, je ne puis que conclure à l'absence de données suffisantes pour permettre au juge en chambre de se lancer dans le processus d'évaluation nécessaire pour aboutir à une décision raisonnée sur le caractère raisonnable de la restriction. Si on lui avait révélé les circonstances pertinentes, il aurait pu en effet arriver à une décision raisonnée que la restriction était raisonnable. Par ailleurs, il aurait pu ne pas le faire. En d'autres termes, il se peut que la loi attaquée soit raisonnable, mais nous n'avons aucun moyen de le savoir. [C'est moi qui souligne.]

Il s'ensuit qu'on n'a pas satisfait à l'exigence posée par l'article premier de la *Charte*. Le juge en chef Bayda a conclu que la Loi était inopérante en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et que les intimés avaient droit à un jugement déclaratoire en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

(ii) Le juge Cameron (souscrivant au dispositif)

Selon le juge Cameron, un syndicat a notamment pour objet d'améliorer les conditions de tra-

conditions and the financial welfare of its members, while the means of achieving those objects include collective bargaining, and, when that fails, the collective refusal to work. The *Charter* does not explicitly guarantee these objects in the sense of ensuring their attainment, but this does not bear upon the determination of the scope of freedom to associate.

In his view, some of the means by which a trade union pursues its objectives are constitutionally protected while others are not. The two primary ones of expression and assembly are the subject of express guarantee, but that is not to say that only those means which are themselves expressly guaranteed by the *Charter* are immune from legislative interference. Others are surely protected by necessary implication.

Cameron J.A. observed that the freedom to bargain collectively, of which the right to withdraw services is an integral aspect, lies at the very centre of the existence of an association of workers. To remove their freedom to withhold their labour would be to sterilize their association. Cameron J.A. reviewed the jurisprudence and concluded that (at p. 645):

... while the decided cases weigh in favour of the exclusion of "the right to strike" from the constitutional freedom of association, the emerging framework of principle governing *Charter* interpretation rather points to its inclusion, especially if we are to be faithful to the call to give these rights and freedoms a "*generous interpretation* ... suitable to give to individuals the *full measure*" of them.

Accordingly, the dairy workers in this case had a constitutionally protected freedom to withhold their services. There was nothing standing in the way of their doing so, except the impugned legislation, which, by denying them their freedom to withhold their work, abridged their s. 2(d) freedom of association.

Concerning s. 1 of the *Charter*, Cameron J.A. agreed with Bayda C.J.S. that the evidence adduced was insufficient. The newspaper articles, in his view, were not a source of information which

vail de ses membres et de veiller à leur bien-être financier, alors que les moyens d'atteindre ces objets comprennent la négociation collective et, en cas d'échec, le refus collectif de travailler. La *Charte* ne garantit pas explicitement lesdits objets au sens d'en assurer la réalisation, mais cela n'est nullement déterminant en ce qui concerne l'étendue de la liberté d'association.

À son avis, certains des moyens par lesquels un syndicat poursuit ses objectifs sont protégés par la Constitution alors que d'autres ne le sont pas. Les deux moyens principaux, savoir l'expression et la réunion, font l'objet d'une garantie expresse, mais cela ne veut pas dire que seuls les moyens qui sont eux-mêmes expressément garantis par la *Charte* échappent à toute intervention de la part du législateur. Il en est sûrement d'autres qui sont protégés par voie de déduction nécessaire.

Le juge Cameron fait remarquer que la liberté de négocier collectivement, dont le droit de cesser de fournir ses services fait partie intégrante et se situe au cœur même de l'existence d'une association de travailleurs. Les dépouiller de la liberté de refuser de travailler reviendrait à rendre stérile leur association. Ayant passé en revue la jurisprudence, le juge Cameron tire la conclusion suivante (à la p. 645):

[TRADUCTION] ... bien que la jurisprudence tende nettement à exclure «le droit de grève» de la liberté d'association garantie par la Constitution, l'ensemble des principes qui commencent à se dégager relativement à l'interprétation de la *Charte* semble plutôt réclamer son inclusion, surtout si nous voulons écouter l'appel visant à donner à ces droits et libertés une «interprétation *généreuse* [...] propre à permettre aux particuliers [d'en] bénéficier *pleinement*».

Il s'ensuit que les travailleurs de l'industrie laitière dans la présente affaire jouissaient de la liberté, garantie par la Constitution, de cesser de fournir leurs services. Rien ne les empêchait de le faire, si ce n'est la loi attaquée qui, en leur interdisant de refuser de travailler, portait atteinte à la liberté d'association que leur garantit l'al. 2d).

En ce qui concerne l'article premier de la *Charte*, le juge Cameron s'est dit d'accord avec le juge en chef Bayda quant à l'insuffisance des preuves produites. Selon lui, les coupures de jour-

could form the basis for judicial decision-making. Cameron J.A. dealt with the arguments of the Government of Saskatchewan as follows (at p. 651):

The government contended that the dairy industry was an "essential industry" and that milk and dairy products, "because of their tremendous importance to health, (were) essential commodities". But even if that were so, there was no evidence to show that milk would necessarily be unavailable to Saskatchewan residents if the work stoppage had occurred. Nor was there any evidence to establish, as the government also contended, that the "continued viability of the dairy industry in this province" was at stake. Indeed the evidence of the unions suggested that 85% of the capacity of the industry would have remained unaffected by the rotational strikes which were proposed.

The government also contended that the situation posed "serious economic problems for many Saskatchewan farmers". While that was very likely so, evidence of the extent of this might have been helpful, as perhaps it might have been useful to establish the degree to which this was caused by the actions of the employers, the biggest of which was a producer's co-operative, as well as by the employees. [Emphasis added.]

Cameron J.A. therefore held that the appeal should be allowed and the employees should be granted a declaration that the Act was of no force or effect.

(iii) Brownridge J.A. (dissenting)

According to Brownridge J.A., on numerous occasions it has been held that legislation which restricted or abolished the right of union members to strike did not, for this reason alone, infringe the guaranteed freedom of association. In this regard, he agreed with the majority opinion in *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580* (1984), 10 D.L.R. (4th) 198 (B.C.C.A.), appealed to this Court on a different issue, [1986] 2 S.C.R. 573, in which it was found that freedom of association did not include protection of the pursuit of the purposes for which the association exists. Since Brownridge J.A. did not find any violation of s. 2(d), he did not feel it was necessary to consider s. 1 of the *Charter*,

naux ne constituaient pas une source de renseignements sur lesquels pouvait se fonder une décision judiciaire. Aux arguments avancés par le gouvernement de la Saskatchewan, le juge Cameron a répondu (à la p. 651):

[TRADUCTION] Le gouvernement a fait valoir que l'industrie laitière est une «industrie essentielle» et que le lait et les produits laitiers «(sont) des denrées essentielles en raison de leur grande importance pour la santé». Mais même à supposer que cela soit vrai, il n'y a aucune preuve que les résidents de la Saskatchewan auraient nécessairement été dans l'impossibilité de se procurer du lait si l'arrêt de travail s'était produit. De plus, aucune preuve n'a été produite à l'appui d'un autre argument du gouvernement, savoir que c'est la «viabilité même de l'industrie laitière dans cette province» qui est en jeu. En fait, il ressort de la preuve soumise par les syndicats que 85 pour 100 du rendement de l'industrie n'aurait pas été touché par les grèves tournantes projetées.

Le gouvernement a également soutenu que la situation posait «de graves problèmes économiques à un bon nombre de producteurs de la Saskatchewan». Quoique cela fût fort probable, il aurait pu être utile de produire des éléments de preuve établissant jusqu'à quel point c'était le cas, car cela aurait peut-être permis d'établir dans quelle mesure cette situation découlait des actes des employeurs dont le plus important était une coopérative de producteurs, et dans quelle mesure elle était imputable aux employés. [C'est moi qui souligne.]

Le juge Cameron a donc conclu qu'il y avait lieu d'accueillir l'appel et de rendre en faveur des employés un jugement déclaratoire portant que la Loi était inopérante.

(iii) Le juge Brownridge (dissident)

Selon le juge Brownridge, on a jugé à maintes reprises que ce n'est pas simplement parce qu'un texte législatif restreint ou abolit le droit des syndiqués de faire la grève qu'il porte atteinte à la liberté d'association garantie par la *Charte*. À ce propos, il a partagé l'opinion exprimée par la cour à la majorité dans l'arrêt *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580* (1984), 10 D.L.R. (4th) 198 (C.A.C.-B.), qui a fait l'objet d'un pourvoi devant cette Cour relativement à une question différente, [1986] 2 R.C.S. 573, et dans lequel on a conclu que la liberté d'association ne protégeait pas la poursuite des objectifs d'une association. Étant donné sa conclusion qu'il n'y avait pas eu de

although he indicated that in any event he agreed with Sirois J. on that issue.

V

Section 2(d) of the Charter and The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act

In the *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (hereinafter *Alberta Labour Reference*) released concurrently, I interpreted the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* as including protection of the freedom to bargain collectively and to strike. In the present appeal, *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* abrogates the freedom of workers to strike. It compels workers to “resume the duties of their employment” (s. 3(a)); it extends the terms of the former collective bargaining agreement (s. 6); it forbids the employee from participating in a work stoppage during this period of extension (s. 7(c)); and it requires submission to final and binding arbitration if a new or amended collective bargaining agreement has not been concluded between the employer and the union within 15 days of the coming into force of the Act (s. 8).

For the reasons which I set out in the *Alberta Labour Reference*, I am of the opinion that *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* violates s. 2(d) of the *Charter* to the extent that it interferes with the freedom of the employees to engage in strike activity that would have been lawful in the absence of the Act. It is therefore necessary to turn to s. 1 of the *Charter*.

VI

Section 1

The general principles under which a s. 1 inquiry is to be conducted are stated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The inquiry involves two steps: 1) assessing the importance of the objective underlying the impugned law and 2) assessing the

violation de l'al. 2d), le juge Brownridge n'a pas cru nécessaire d'étudier l'article premier de la *Charte*, bien qu'il ait souligné qu'en tout état de cause il souscrivait à l'avis du juge Sirois sur ce point.

V

L'alinéa 2d) de la Charte et The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act

Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (ci-après le *Renvoi relatif aux relations de travail en Alberta*), dont les motifs sont prononcés en même temps que le présent arrêt, j'ai interprété la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte* comme comprenant la protection de la liberté de négocier collectivement et de faire la grève. Dans la présente affaire, *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* abolit la liberté de grève de certains travailleurs. Elle oblige ces derniers à «reprendre[e] leurs fonctions» (al. 3a)); elle proroge l'ancienne convention collective (art. 6), elle interdit aux employés de participer à un arrêt de travail pendant la durée de cette prorogation (al. 7c)), et elle impose le recours à l'arbitrage exécutoire et sans appel si une nouvelle convention collective ou une convention modifiée n'intervient pas entre l'employeur et le syndicat dans les 15 jours suivant l'entrée en vigueur de la Loi (art. 8).

Pour les raisons que j'ai exposées dans le *Renvoi relatif aux relations de travail en Alberta*, j'estime que *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* enfreint l'al. 2d) de la *Charte* dans la mesure où elle porte atteinte à la liberté des employés en question de se livrer à une grève qui, n'eût été de la Loi, aurait été légale. Il est donc nécessaire de se reporter à l'article premier de la *Charte*.

VI

L'article premier

Les principes généraux qui doivent régir une analyse en vertu de l'article premier sont énoncés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. L'analyse se déroule en deux étapes qui consistent 1) à établir l'importance de l'objectif qui sous-tend

proportionality of the means employed to achieve the purpose pursued. The onus of proving the constituent elements of a s. 1 analysis is on the party seeking to justify the limit.

Two purposes or objectives have been advanced to justify the Act. First, it is said that because of the peculiar characteristics of the dairy industry a shut-down of processing facilities would have serious adverse consequences for the dairy industry, especially for dairy farmers. Second, it is argued that milk is an important food product, an essential commodity, and continuity of supply to consumers must be preserved.

In the *Alberta Labour Reference*, I accepted the "essential services" justification for the substitution of an adequate scheme of compulsory arbitration for the freedom to strike. The legislature is entitled to limit the freedom of employees to strike if the effect of a strike would be to deprive the public of essential services. The rationale for such a limitation is that members of the public who do not participate in a particular collective bargaining process ought not to be unduly harmed when the bargaining fails to produce a settlement. In my view, such a rationale also applies when the harm to third parties is economic in nature. Although, as I indicated in the *Alberta Labour Reference*, the right to bargain collectively and therefore the right to strike involve more than purely economic interests of workers, it cannot be doubted that economic concerns play an important role in a great many industrial disputes. It would be strange, indeed, if our society were to give constitutional protection for the freedom of employees to advance economic, as well as non-economic, interests by striking, while insisting that the state remain idle and indifferent to the infliction on others of serious economic harm. To require the legislature to be blind to the economic harm which may ensue from work stoppages would be to freeze into the constitution a particular system of industrial relations. Although, as yet, it would appear that Canadian legislatures have not discovered an alternative mode of industrial dispute resolution which is as

la loi attaquée, et 2) à déterminer si les moyens employés pour atteindre cet objectif sont proportionnés à celui-ci. La charge d'établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier incombe à la partie qui cherche à justifier la restriction.

On prétend que la loi en cause se justifie par deux buts ou objectifs. En premier lieu, on dit qu'en raison des particularités de l'industrie laitière, la fermeture des installations de traitement nuirait gravement à cette industrie et surtout aux producteurs laitiers. En deuxième lieu, on fait valoir que le lait est un aliment important, une denrée essentielle, et qu'il faut en conséquence assurer aux consommateurs un approvisionnement continu.

Dans le *Renvoi relatif aux relations de travail en Alberta*, j'ai accepté l'argument des «services essentiels» pour justifier la substitution d'un régime convenable d'arbitrage obligatoire à la liberté de grève. Le législateur est autorisé à restreindre la liberté de grève d'employés chaque fois qu'une grève aurait pour effet de priver le public de services essentiels. La raison d'être d'une telle restriction est que les membres du public qui ne participent pas à un processus donné de négociation collective ne devraient pas avoir à subir de préjudice indu lorsque les négociations n'aboutissent pas à un accord. À mon avis, cette même raison d'être s'applique aussi lorsque le préjudice subi par des tiers est de nature économique. Quoique, comme je l'ai souligné dans le *Renvoi relatif aux relations de travail en Alberta*, le droit de négocier collectivement et, partant, celui de faire la grève, ne mette pas en jeu que des intérêts purement économiques des travailleurs, il ne fait pas de doute que des préoccupations d'ordre économique jouent un rôle important dans un bon nombre de conflits de travail. En fait, il serait étrange que notre société accorde une protection constitutionnelle à la liberté des salariés de recourir à la grève pour promouvoir leurs intérêts économiques et autres, et tienne en même temps à ce que l'État reste inactif et indifférent devant le préjudice économique grave causé à autrui. Exiger que le législateur ferme les yeux sur le préjudice économique qui peut résulter d'arrêts de travail

sensitive to the associational interests of employees as the traditional strike/lock-out mechanism, it is not inconceivable that, some day, a system with fewer injurious incidental effects will be developed. In the meantime, in my view, legislatures are justified in abrogating the right to strike and substituting a fair arbitration scheme, in circumstances when a strike or lock-out would be especially injurious to the economic interests of third parties. As Professor Adell stated:

We are not deterred, nor should we be, by any claim that the right to strike is sacrosanct and ought never to be restricted. Limiting the right to strike when its social cost is considered too high may well be a legitimate legislative choice.

(Bernard Adell, "Establishing a Collective Employee Voice in the Workplace: How Can the Obstacles be Lowered?" in *Essays in Labour Relations Law* (1986), at p. 18.)

I do not mean to suggest that any economic harm to a third party will suffice to justify the abrogation of the right to strike. In an interdependent economy it is inevitable that a work stoppage in one industry will entail detrimental economic consequences for at least some individuals in other industries. The objective advanced to justify legislation which infringes a Charter-protected right or freedom must relate to a "pressing and substantial concern" in order for the legislation to be saved under s. 1: *Oakes, supra*, at pp. 138-39. Moreover, the third element of the s. 1 proportionality requirement propounded in *Oakes* calls for a weighing of the legislative objective against the deleterious effects of the measures which limit the enjoyment of the Charter right or freedom. These principles suggest that the relevant question, therefore, is whether the potential for economic harm to third parties during a work stoppage is so massive and immediate and so focussed in its intensity as to justify the limitation

reviendrait à consacrer dans la Constitution un régime particulier de relations de travail. Même si, jusqu'à maintenant, les législateurs canadiens ne semblent pas avoir découvert un autre mode de règlement des conflits de travail qui tienne aussi bien compte des intérêts collectifs des salariés que le mécanisme traditionnel de la grève et du lock-out, il n'est pas inconcevable qu'un jour on saura mettre au point un régime comportant moins d'effets secondaires préjudiciables. D'ici là, j'estime que les législateurs ont raison de supprimer le droit de grève et de lui substituer un régime d'arbitrage équitable dans les cas où une grève ou un lock-out serait particulièrement préjudiciable aux intérêts économiques de tierces personnes. Comme le fait remarquer le professeur Adell:

[TRADUCTION] On ne recule pas et on ne doit pas reculer devant la prétention que le droit de grève est sacro-saint et qu'il ne devrait jamais être restreint. La restriction du droit de grève lorsque son coût social est jugé trop élevé peut fort bien constituer un choix valable de la part du législateur.

(Bernard Adell, «Establishing a Collective Employee Voice in the Workplace: How Can the Obstacles be Lowered?» dans *Essays in Labour Relations Law* (1986), à la p. 18.)

Je ne veux pas laisser entendre par là que n'importe quel préjudice économique subi par un tiers suffira pour justifier la suppression du droit de grève. Dans une économie interdépendante, il est inévitable qu'un arrêt de travail dans un secteur donné aura des conséquences économiques fâcheuses, pour certaines personnes du moins, dans d'autres secteurs. L'objectif proposé pour justifier un texte législatif qui porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Charte doit se rapporter à une «préoccupation urgente et réelle» pour que le texte en question soit sauvegardé en vertu de l'article premier: *Oakes*, précité, à la p. 139. De plus, le troisième élément de l'exigence de proportionnalité posée dans l'arrêt *Oakes* à l'égard de l'article premier oblige à soupeser l'objectif de la loi en question et les effets préjudiciables des mesures qui limitent la jouissance d'un droit ou d'une liberté garantis par la Charte. Il ressort de ces principes que la question pertinente est donc la suivante: Le préjudice économique que des tiers

of a constitutionally guaranteed freedom in respect of those employees.

I now turn to an application of the above principles to the facts of the present appeal. At the outset, I wish to make it clear that I am treating the present case as one involving harm to a third party, namely, dairy farmers, rather than as a case involving harm to one of the parties to the industrial dispute. The fact that one of the employers was a co-operative company owned at least in part by at least some dairy farmers does not, in my view, dictate a contrary approach. A co-operative company is a separate legal entity and its directors are entitled to pursue a labour relations strategy which does not conform to the wishes of individual members. To pierce the corporate veil in respect of a widely-held corporation would be most unfair to individual members of the co-operative, to say nothing of non-member dairy farmers.

The only evidence before the Court is contained in the affidavits filed on behalf of the respondent unions and in the newspaper articles attached as exhibits to one of those affidavits. With great respect for the contrary opinions of Bayda C.J.S. and Cameron J.A., I am unable to see why the newspaper articles should be held to be inadmissible or unhelpful in the peculiar circumstances of this case. The newspaper reports were, I reiterate, filed on behalf of the respondents, undoubtedly with a view to providing the factual context for the *Charter* argument. The appellants were apparently satisfied that the newspaper reports provided an adequate factual foundation for its s. 1 justification: in any event, the Government of Saskatchewan adduced no further evidence. There is nothing on the record to indicate that either party disputed the admissibility of the articles before the Chambers judge. Except to the extent that there exists conflicting material in the newspaper reports, the reports constitute an evidentiary foundation accepted by both parties. It is unnecessary in this appeal to consider whether newspaper

risquent de subir pendant un arrêt de travail est-il considérable, immédiat et concentré dans ses effets au point de justifier, dans le cas de ces salariés, la restriction d'une liberté garantie par la Constitution?

Appliquons maintenant aux faits du présent pourvoi les principes que je viens d'énoncer. Je tiens à préciser dès le départ que je procède en l'espèce comme s'il s'agissait d'un cas de préjudice causé à des tiers, savoir les producteurs laitiers, plutôt que d'un cas de préjudice subi par l'une des parties au conflit de travail. À mon avis, ce n'est pas parce que l'un des employeurs est une coopérative appartenant, du moins en partie, à des producteurs laitiers qu'il faut adopter une démarche différente. Une coopérative est une entité juridique distincte et il est loisible à ses administrateurs d'adopter en matière de relations de travail une stratégie qui ne traduit pas la volonté de membres individuels. Or, il serait des plus injuste pour les membres individuels de la coopérative, sans parler des producteurs laitiers non membres, que de faire abstraction de la personnalité morale dans le cas d'une société à grand nombre d'actionnaires.

Les seuls éléments de preuve dont dispose la Cour sont contenus dans les affidavits produits pour le compte des syndicats intimés et dans les coupures de journaux annexées comme pièces à l'un de ces affidavits. Avec égards pour les opinions contraires exprimées par le juge en chef Bayda et le juge Cameron, je suis incapable de voir pourquoi les coupures de journaux devraient être jugées inadmissibles ou d'aucune utilité dans les circonstances particulières de la présente affaire. Les reportages en question, je le répète, ont été produits pour le compte des intimés, dans le but sans doute de fournir un contexte factuel à l'argument fondé sur la *Charte*. Les appelants étaient apparemment convaincus que ces reportages constituaient un fondement factuel suffisant pour une justification au sens de l'article premier. Quoi qu'il en soit, le gouvernement de la Saskatchewan n'a présenté aucun autre élément de preuve. D'après ce qui ressort du dossier, ni l'une ni l'autre partie n'a contesté devant le juge en chambre l'admissibilité des coupures de journaux. Sauf dans la mesure où ils se contredisent, ces reportages constituent un

articles tendered into evidence by one party and objected to by the other would generally be admissible for the purposes of s. 1.

The uncontroverted facts contained in the newspaper reports include the following:

1. The only Saskatchewan dairies not directly involved in the strike or lock-out were an independent dairy in Estevan and a Co-op cheese processing plant in Swift Current.
2. 1.3 million pounds of milk, worth about \$250,000, was produced daily by Saskatchewan's 50,000 dairy cows on 800 dairy farms.
3. Co-op employs all the bulk tanker drivers who pick up milk from dairy farmers in Saskatchewan.
4. Milk is normally picked up from dairy farmers every second day. It cannot be stored on the farm for more than three days.

In addition to their factual content, the newspaper reports vividly convey the enormity of the waste that would have resulted from an interruption of milk pick-up and processing. The President of the dairy farmers' advocacy organization, the Saskatchewan Milk Producers' Association, was interviewed by one of the newspaper reporters:

In an interview, York said dairy producers would have to dump all their milk after three days if a dairy strike or lockout lasts that long.

"After three days we'd have to dump the whole works and start from scratch. You couldn't just dump half a load," he said.

York said a strike or lockout of even two days could be very harmful to the average dairy producer, as out of the 800 dairy farmers in Saskatchewan about 550 have loans and high annual or monthly payments.

(Saskatoon Star-Phoenix, Thursday, April 5, 1984)

fondement probatoire accepté par les deux parties. Il n'est pas nécessaire en l'espèce d'examiner si des coupures de journaux produites en preuve par une partie, auxquelles s'oppose l'autre partie, seraient ^a généralement admissibles aux fins de l'article premier.

Les faits suivants qui se dégagent des coupures de journaux ne font l'objet d'aucune contestation:

- ^b 1. À l'exception seulement d'une laiterie indépendante à Estevan et d'une fromagerie de Co-op à Swift Current, toutes les laiteries de la Saskatchewan étaient directement touchées par la grève ou le lock-out.
- ^c 2. En Saskatchewan, 50 000 vaches laitières sur 800 fermes laitières produisaient quotidiennement 1,3 millions de livres de lait dont la valeur ^d s'élevait à environ 250 000 \$.
3. Tous les chauffeurs de camions-citernes qui font la collecte de lait auprès des producteurs laitiers de la Saskatchewan sont les employés de Co-op.
- ^e 4. La collecte de lait auprès des producteurs laitiers s'effectue normalement tous les deux jours. Le lait ne peut pas être entreposé sur la ferme pendant plus de trois jours.

^f Outre leur contenu factuel, les reportages révèlent très clairement l'énormité du gaspillage qui aurait résulté d'une interruption de la collecte et du traitement du lait. Le président de l'organisme de défense des intérêts des producteurs laitiers, la ^g Saskatchewan Milk Producers' Association, a été interviewé par un journaliste:

[TRADUCTION] Dans une interview, York a affirmé que les producteurs laitiers se verraient dans l'obligation ^h de jeter tout leur lait après trois jours si une grève ou un lock-out touchant les laiteries durait aussi longtemps.

ⁱ «Au bout de trois jours, nous serions obligés de jeter le tout et de repartir à zéro. On ne peut pas simplement vider la moitié d'un réservoir», a-t-il dit.

^j Selon York, même une grève ou un lock-out qui ne durerait que deux jours pourrait nuire gravement au producteur laitier moyen car, sur 800 producteurs en Saskatchewan, environ 550 ont contracté des emprunts et doivent effectuer des versements mensuels ou annuels élevés.

(Saskatoon Star-Phoenix, le jeudi 5 avril 1984)

Another dairy farmer was interviewed on the day the back-to-work legislation was enacted:

Burney, who is also a director of the Saskatchewan Milk Producers Association, said neither the company or the union have considered the farmer during negotiations.

“Farmers began dumping milk Sunday and they will continue to dump until the trucks start picking up milk again tomorrow”, Burney said.

(Saskatoon Star-Phoenix, Monday, April 9, 1984)

These effects would persist whether the work stoppage was of a short or long duration. Not only were the threatened economic losses large in absolute terms, but the losses could not be distributed over a large population—they were to be borne in their full intensity by the Province’s 800 dairy farmers. Many of these farmers were in a vulnerable financial position on account of their debt loads, as noted above, and on account of their inability to cease milk production. In my view, the economic harm threatened by a total work stoppage in the dairy processing industry was so immediate, of such a high degree and of such an intense focus as to fall well within the ambit of discretion of the Saskatchewan legislature to substitute a fair and efficient arbitration scheme for the dairy processing employees’ freedom to strike. I might add that what perhaps exacerbates the economic harm to dairy farmers and distinguishes it from the routine economic harm experienced by any supplier to a producer in the throes of a work stoppage is the combination of three unusual features: (i) the producer in this case was the sole outlet for the suppliers’ only product; (ii) the product in question was highly perishable; and (iii) because of the biological imperatives of the cow, the supplier could not mitigate losses by ceasing production.

Un autre producteur laitier a été interviewé le jour de l’adoption de la loi ordonnant le retour au travail:

^a [TRADUCTION] Burney, qui est également un directeur de la Saskatchewan Milk Producers’ Association, a soutenu que ni la société ni le syndicat n’ont songé aux producteurs au cours des négociations.

^b «Les producteurs ont commencé à jeter leur lait dimanche et cela se poursuivra jusqu’à ce que la collecte reprenne demain», de dire Burney.

(Saskatoon Star-Phoenix, le lundi 9 avril 1984)

^c Ces effets subsisteraient peu importe que l’arrêt de travail soit de courte ou de longue durée. Non seulement les pertes économiques qui risquaient de se produire étaient-elles considérables au sens absolu, mais elles ne pouvaient pas être réparties ^d sur une grande population—c’étaient les 800 producteurs laitiers de la province qui devraient en supporter tout le poids. Un bon nombre de ces producteurs étaient financièrement vulnérables en raison de leur endettement, comme je l’ai fait ^e remarquer précédemment, et également en raison de leur incapacité d’arrêter la production de lait. À mon avis, le préjudice économique que risquait d’occasionner un arrêt total du travail dans l’industrie du traitement du lait était à ce point ^f immédiat, considérable et concentré dans ses effets qu’il relevait clairement du pouvoir discrétionnaire qu’a le législateur de la Saskatchewan de substituer un régime d’arbitrage juste et efficace à la ^g liberté de grève des employés d’usines de traitement du lait. Je pourrais ajouter que ce qui vient peut-être aggraver le préjudice économique subi par les producteurs laitiers et ce qui permet de le distinguer d’avec le préjudice économique ordinaire que subit n’importe quel fournisseur d’un ^h producteur qui se trouve sous le coup d’un arrêt de travail est la combinaison de trois facteurs inhabituels: (i) le producteur en l’espèce était le seul débouché pour l’unique produit des fournisseurs; ⁱ (ii) le produit en question est extrêmement périssable; et (iii) en raison des impératifs de la vache sur le plan biologique, les fournisseurs ne pouvaient pas atténuer leurs pertes en arrêtant la production.

The affidavits of the respondents were addressed to the effects which would have ensued if there had been no lock-out by the employer, but only a partial strike or a series of rotating strikes by the employees. It is claimed that the industry could have functioned at 85 per cent of normal capacity and that milk would have been collected from the farmers.

It is submitted that the appropriateness of any limitation upon the right to strike must be measured against the effects, not of the employer lock-out, but of the proposed partial strike. This argument, however, ignores the fact that the legislature was faced with the reality of a total lock-out. For the reasons given earlier, in such circumstances the legislature was justified in requiring the parties to submit their differences to binding arbitration and in ordering the parties back to work. Moreover, implicit in the respondents' argument is the assumption that the right to strike is in no way related to the employer's ability to lock out employees. To assess the validity of this assumption, it is necessary to consider the manner in which the constitutional freedom to strike interacts with the statutory regulation of labour relations.

In my reasons in the *Alberta Labour Reference*, I indicated that the very detailed legislative scheme of industrial relations that has been developed over several decades may be relevant to the assessment of constitutional questions pertaining to strike activity. In the *Alberta Labour Reference* the issue was not whether particular aspects of this standard statutory scheme were unconstitutional, but rather, when and in what circumstances that statutory paradigm could be done away with entirely in particular industries and replaced with an alternative mechanism. The present case was argued along similar lines. In addressing this issue, it would be inappropriate for the courts to venture into an assessment of the constitutional validity of the standard industrial relations paradigm which was not directly impugned. In short, until and unless a direct challenge is mounted against *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, that enact-

Les affidavits des intimés traitent de ce qui serait arrivé s'il y avait eu non pas un lock-out par l'employeur, mais simplement une grève partielle ou une série de grèves tournantes par les employés.

^a On soutient que l'industrie aurait pu fonctionner alors dans une proportion de 85 pour 100 de son rendement normal et que la collecte du lait auprès des producteurs aurait été effectuée.

^b On fait valoir que le caractère approprié de toute restriction du droit de grève doit être évalué en fonction des effets, non pas du lock-out décrété par l'employeur, mais du projet de grève partielle.

^c Toutefois, cet argument ne tient pas compte du fait que la législature faisait face à la réalité d'un lock-out total. Pour les motifs donnés antérieurement, la législature était justifiée, dans ces circonstances, de demander aux parties de soumettre leurs divergences à l'arbitrage exécutoire et d'ordonner leur retour au travail. De plus, cet argument des intimés laisse supposer implicitement que le droit de grève n'a aucun rapport avec la capacité de l'employeur de lock-outer ses employés. Pour décider du bien-fondé de cette hypothèse, il faut examiner la manière dont la liberté constitutionnelle de faire la grève interagit avec la réglementation législative des relations du travail.

^f Dans les motifs que j'ai rédigés dans le *Renvoi relatif aux relations de travail en Alberta*, j'ai indiqué qu'il peut y avoir lieu, dans l'examen de questions constitutionnelles qui ont trait à la grève, de tenir compte de la législation très détaillée en matière de relations de travail qui a été mise au point au cours de plusieurs décennies. Dans le *Renvoi relatif aux relations de travail en Alberta*, la question était non pas de savoir si des aspects particuliers de cet ensemble législatif normal étaient inconstitutionnels, mais plutôt de savoir quand et dans quelles circonstances ce paradigme législatif pouvait être écarté entièrement dans des secteurs donnés et remplacé par un autre mécanisme. La présente cause a été plaidée d'une manière semblable. Il ne s'agirait guère que les tribunaux, en abordant cette question, s'aventurent dans une évaluation de la constitutionnalité du paradigme normal des relations de travail qui n'a pas été attaqué directement. Bref, tant que *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, chap. T-17, n'aura

ment, with its various restrictions on the employees' ability to strike, is presumptively valid.

Under *The Trade Union Act*, as under similar legislation in the other Canadian jurisdictions, the statutory right of employees to strike is subject to a countervailing statutory right of employers to lock out their employees, as long as certain conditions are fulfilled. *The Trade Union Act*, s. 34 provides:

34.—(1) Notwithstanding anything contained in any collective bargaining agreement heretofore entered into or, except as otherwise specifically provided therein, hereafter entered into, where either party to such agreement gives or has given notice in writing pursuant to subsection (4) of section 33 to negotiate a revision of the agreement, the employees in respect of whom the agreement applies and the employer of such employees may, after this section comes into force and after the expiry of the term of operation provided in the agreement, commence to strike or commence a lock-out, as the case may require. [Emphasis added.]

The underlying premise of industrial relations reflected in *The Trade Union Act* is that the threat of a strike or lock-out with its potentially disastrous loss of income to employee and employer alike will motivate the parties to reach a consensual solution either before a work stoppage occurs or within a reasonable time thereafter. Whether or not the legislature has fairly or evenly balanced the relative bargaining power of the parties is not the subject of the present appeal. It suffices to note that a particular balance of power is reflected in the rights and obligations delineated in *The Trade Union Act*, and that employer lock-outs are permitted in the factual circumstances of this case. Since, under the unchallenged general labour law of the Province, the employer is entitled to lock out its employees in circumstances when employees are entitled to strike, it follows that the deleterious effects of permitting a strike must be taken to include the effects which flow from permitting an employer lock-out. In the present case, the effect was a virtually total closure of milk processing facilities in Saskatchewan.

pas été attaquée directement, cette loi, avec les diverses restrictions qu'elle impose à la capacité des salariés de faire la grève, doit être présumée valide.

^a Suivant *The Trade Union Act* et les lois analogues des autres ressorts canadiens, le droit de grève reconnu aux salariés par la loi est assujéti au droit compensatoire des employeurs, également ^b reconnu par la loi, de lock-outer leurs employés pourvu que soient remplies certaines conditions. L'article 34 de *The Trade Union Act* est ainsi conçu:

[TRADUCTION] 34.—(1) Nonobstant ce que peut prévoir toute convention collective intervenue avant ou, sauf disposition contraire de ladite convention, après, l'entrée en vigueur de la présente loi, lorsque l'une ou l'autre partie à la convention donne ou a donné, conformément au paragraphe 33(4), des avis écrits de son intention de ^d négocier la révision de la convention, les employés visés par la convention et leur employeur peuvent, après l'entrée en vigueur de la présente disposition et après la date d'expiration fixée par la convention, déclencher une grève ou imposer un lock-out, selon le cas. [C'est moi ^e qui souligne.]

Selon la prémisse fondamentale en matière de relations de travail qui se dégage de *The Trade Union Act*, la menace d'une grève ou d'un lock-out, avec la possibilité d'une perte désastreuse de revenus aussi bien pour l'employé que pour l'employeur, motive les parties à en venir à un consensus soit avant qu'il n'y ait arrêt de travail, soit dans un délai raisonnable après un tel arrêt. Il ne s'agit pas en l'espèce de savoir si le législateur a établi un équilibre juste ou égal entre les pouvoirs de négociation relatifs des parties. Il suffit de faire remarquer que les droits et obligations énoncés dans *The Trade Union Act* reflètent un certain équilibre des ^h pouvoirs et que, compte tenu des faits de la présente affaire, il est loisible aux employeurs d'imposer des lock-out. Puisque le droit général du travail en vigueur dans la province, qui est d'ailleurs ⁱ incontesté, autorise un employeur à lock-outer ses employés dans des cas où ces derniers sont en droit de faire la grève, il s'ensuit que l'on doit compter parmi les effets nocifs de l'autorisation d'une grève ceux qui découlent de l'autorisation d'un lock-out ^j par un employeur. En l'espèce, l'effet a été la fermeture quasi totale des installations de traitement du lait en Saskatchewan.

For the above reasons, I am persuaded that the legislative objective of avoiding serious harm to dairy farmers, in light of the unique nature of the dairy industry, constituted a satisfactory justification for the abrogation of the freedom of dairy plant workers to strike. It is therefore unnecessary to consider the second objective advanced by the government, namely the maintenance of continuity of supply to consumers of an essential commodity. In any event, there was no evidence regarding the possibility of importing milk from neighbouring provinces.

The compulsory arbitration scheme enacted in *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* meets the criteria of proportionality for such a scheme which I described in the *Alberta Labour Reference*. The Act applies only to the workers in the dairy industry; it provides for a neutral arbitrator; either party may ultimately compel the other to submit to arbitration without interference from the government; and the scope of arbitration has not been legislatively restricted. Accordingly, *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* embodies a reasonable limit on freedom of association.

VII

Conclusion

The constitutional questions are answered as follows:

1. Does *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, c. D-1.1, or any part thereof, infringe or deny freedom of association guaranteed in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes. *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* infringes and denies freedom of association as guaranteed in s. 2(d) of the *Charter* to the extent it prohibits collective withdrawal of services.

2. If *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, c. D-1.1, or any part thereof, does infringe or deny free-

Pour les motifs que je viens d'exposer, je suis convaincu que, compte tenu du caractère unique de l'industrie laitière, l'objectif du législateur d'éviter que les producteurs laitiers ne subissent un préjudice grave constitue un motif suffisant pour justifier la suppression de la liberté de grève des travailleurs d'usines laitières. Il n'est donc pas nécessaire d'étudier le second objectif invoqué par le gouvernement, qui est d'assurer aux consommateurs un approvisionnement continu en une denrée essentielle. En tout état de cause, aucune preuve n'a été produite relativement à la possibilité d'importer du lait des provinces voisines.

Le régime d'arbitrage obligatoire établi par *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* satisfait aux critères de proportionnalité applicables à un tel régime, que j'ai décrits dans le *Renvoi relatif aux relations de travail en Alberta*. La Loi n'est applicable qu'aux travailleurs de l'industrie laitière; elle prévoit le recours à un arbitre neutre; une partie peut en définitive obliger l'autre à aller en arbitrage sans intervention gouvernementale; de plus, la Loi n'apporte aucune restriction à la portée de l'arbitrage. Par conséquent, la restriction apportée à la liberté d'association par *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* est raisonnable.

VII

Conclusion

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, chap. D-1.1, ou une partie quelconque de cette loi, constitue-t-elle une violation ou une négation de la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui. *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* porte atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte* dans la mesure où elle interdit la cessation collective de la prestation de services.

2. Si *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, chap. D-1.1, ou une partie quelconque de cette loi, consti-

dom of association guaranteed in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the Act, or such part, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: Yes. The Act is justified by s. 1 of the *Charter* and is therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*.

The appeal should be allowed without costs.

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

LE DAIN J.—For the reasons I expressed in the *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, I am of the opinion that the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not include a guarantee of the right to bargain collectively and the right to strike. I would accordingly allow the appeal and answer the constitutional questions in the manner proposed by McIntyre J.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment prepared in this appeal by the Chief Justice and those prepared by Wilson J. The Chief Justice has set out the facts, the legislative provisions involved, the issues which arise in the case and adequate summaries of the judgments in the courts below. With all due respect for the views of my colleagues, I have reached different conclusions.

For the reasons which I gave in the *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (judgment delivered concurrently), I have reached the conclusion that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not give constitutional protection to a right to strike. I would therefore allow the appeal and it is,

tue une violation ou une négation de la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Loi, ou cette partie de la Loi, est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Oui. La Loi est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* et est, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le pourvoi est accueilli sans adjudication de dépens.

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

LE JUGE LE DAIN—Pour les motifs que j'ai exprimés dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, je suis d'avis que la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'inclut aucune garantie des droits de négocier collectivement et de faire la grève. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière proposée par le juge McIntyre.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement rédigés en l'espèce par le Juge en chef et par le juge Wilson respectivement. Le Juge en chef a énoncé les faits, les dispositions législatives en cause, les questions soulevées en l'espèce et a résumé de manière adéquate les jugements des tribunaux d'instance inférieure. Malgré tout le respect que j'ai pour le point de vue de mes collègues, je suis arrivé à des conclusions différentes.

Pour les motifs que j'ai donnés dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (dont les motifs sont prononcés en même temps que le présent arrêt), je suis arrivé à la conclusion que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'accorde pas une protection constitutionnelle au droit de faire la

of course, unnecessary for me to consider s. 1 of the *Charter*.

I would answer the constitutional questions, as follows:

1. Does *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, c. D-1.1, or any part thereof, infringe or deny freedom of association guaranteed in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* does not violate freedom of association guaranteed in s. 2(d) of the *Charter* because freedom of association does not embody the right to strike.

2. If *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, c. D-1.1, or any part thereof, does infringe or deny freedom of association guaranteed in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the Act, or such part, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: Given my answer to the first question, I need not consider this second question.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I agree with Chief Justice Dickson for the reasons given by him that *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, c. D-1.1, violates s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, I cannot agree that this legislation is saved by s. 1 of the *Charter*.

The Government of Saskatchewan advanced two objectives to justify the Act. First, it submitted that because of the peculiar nature of the dairy industry a shut-down of processing facilities would have serious adverse consequences for the industry, especially for dairy farmers. Second, the govern-

grève. Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi et, évidemment, il ne m'est pas nécessaire d'examiner l'article premier de la *Charte*.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, chap. D-1.1, ou une partie quelconque de cette loi, constitue-t-elle une violation ou une négation de la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act* ne viole pas la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte* parce que la liberté d'association ne comprend pas le droit de faire la grève.

2. Si *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, chap. D-1.1, ou une partie quelconque de cette loi, constitue une violation ou une négation de la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Loi, ou cette partie de la Loi, est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Compte tenu de ma réponse à la première question, je n'ai pas à répondre à cette seconde question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—Pour les mêmes raisons que donne le juge en chef Dickson, je suis d'accord avec lui pour dire que *The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act*, S.S. 1983-84, chap. D-1.1, viole l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Toutefois, je ne puis convenir que l'article premier de la *Charte* permet de sauvegarder cette loi.

Le gouvernement de la Saskatchewan a énoncé deux objectifs pour justifier la Loi. En premier lieu, on dit qu'en raison de la nature particulière de l'industrie laitière, la fermeture des installations de traitement nuirait gravement à l'industrie et surtout aux producteurs laitiers. En deuxième lieu,

ment submitted that milk is an essential commodity and that the continuity of supply to consumers must be preserved for health reasons.

The first objective advanced by the government is the prevention of economic harm to dairy farmers. In the *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (judgment released concurrently herewith), Dickson C.J. concluded that the fact that employees were providing "essential services" justified the substitution of an adequate scheme of compulsory arbitration for the freedom to strike. He adopted the definition of an "essential service" reflected in decisions of the Freedom of Association Committee of the International Labour Office (p. 375). These decisions have consistently defined an essential service as a service "whose interruption would endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population" (*Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the I.L.O.*, 3rd ed. Geneva, International Labour Office, 1985). The Chief Justice appears now to be engrafting a substantial extension on to that definition. He is sanctioning in this case the abrogation of the freedom to strike when the economic interests of a particular group are threatened. The implications of this for the collective bargaining process are extremely far-reaching since some measure of damage to the economic interests of the parties and the public is an inevitable concomitant every work stoppage. Indeed, the effectiveness of this negotiating tool depends upon it.

Considerable discussion has taken place in Canada and elsewhere as to the circumstances in which it is appropriate for government to interfere with the standard industrial relations paradigm by prohibiting strike action. This paradigm which prevails in statutes in all Canadian jurisdictions is based on a belief in free negotiation between buyers and sellers of labour and in the strike as the indispensable catalyst that makes the system work. Free negotiation is valued because it enables workers to participate in establishing their own working

le gouvernement fait valoir que le lait est une denrée essentielle et que, pour des raisons de santé, il faut assurer aux consommateurs un approvisionnement continu.

^a

Le premier objectif énoncé par le gouvernement est d'empêcher que les producteurs laitiers ne subissent un préjudice financier. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (dont les motifs sont prononcés en même temps que le présent arrêt), le juge en chef Dickson a conclu que le fait que des employés assuraient des «services essentiels» justifiait la substitution d'un régime adéquat d'arbitrage obligatoire à la liberté de grève. Il a adopté la définition d'un «service essentiel» qui ressort des décisions du Comité de la liberté syndicale du Bureau international du Travail (p. 375).

^b

Ces décisions définissent de manière uniforme un service essentiel comme un service «dont l'interruption pourrait mettre en péril la vie, la sécurité ou la santé de la personne dans une partie ou dans la totalité de la population» (*La liberté syndicale: Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du B.I.T.*, 3^e éd., Genève, Bureau international du Travail, 1985). Le Juge en chef paraît maintenant élargir sensiblement cette définition. Il approuve en l'espèce l'abrogation de la liberté de grève lorsque les intérêts économiques d'un groupe particulier sont menacés. Cela a, sur le processus de négociation collective, des répercussions qui vont extrêmement loin étant donné que tout arrêt de travail cause inévitablement un certain préjudice aux intérêts économiques des parties et du public. En fait, l'efficacité de cet outil de négociation en dépend.

^c

De nombreuses discussions ont porté, au Canada et ailleurs, sur les circonstances dans lesquelles il convient que le gouvernement modifie le paradigme normal des relations de travail en interdisant la grève. Ce paradigme qui prévaut dans les lois de tous les ressorts canadiens est fondé sur la croyance dans la liberté de négociation entre les employés et les employeurs et dans la grève comme catalyseur indispensable qui permet au système de fonctionner. La libre négociation est prisée parce qu'elle permet aux travailleurs de participer à

^d

^e

^f

^g

^h

ⁱ

^j

conditions. It is an exercise in self-government and enhances the dignity of the worker as a person.

Past discussion as to when government should intervene to prohibit strikes has always focussed on the question of when it is best for government to intervene not on the question of when it is constitutional for government to do so. Section 2(d) of the *Charter* now gives constitutional protection to freedom of association and I agree with the Chief Justice that freedom of association in the context of industrial relations embraces the freedom to bargain collectively and that the strike, as an essential feature of effective collective bargaining, is also encompassed by that freedom. I cannot conclude, however, that the prevention of economic harm to a particular sector is *per se* a government objective of sufficient importance to justify the abrogation of the freedom guaranteed by s. 2(d).

I do not doubt that economic regulation is an important government function in today's society but, if it is to be done at the expense of our fundamental freedoms, then it must, in my view, be done in response to a serious threat to the well-being of the body politic or a substantial segment of it. The Chief Justice found this to be the case in *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424 (judgment released concurrently herewith), where the government's avowed objective was to fight inflation. Inflation is an economic problem that affects all the citizens of Canada and can, if uncontrolled, spark a national crisis or emergency: see *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373. The evidence adduced in this case, in my view, falls far short of establishing economic harm to the dairy workers and the public which is in that category.

Between the two extremes of those who think that government should intervene in any labour dispute which harms the public or a segment of it and those firmly committed to the proposition that

l'établissement de leurs propres conditions de travail. Il s'agit d'un exercice d'autonomie qui rehausse la dignité du travailleur en tant que personne.

^a Les discussions antérieures portant sur le moment où le gouvernement devrait intervenir pour interdire les grèves ont toujours été axées sur la question de savoir quand valait-il mieux que le ^b gouvernement intervienne et non sur la question de savoir quand le gouvernement pouvait constitutionnellement le faire. L'alinéa 2d) de la *Charte* accorde maintenant une protection constitutionnelle à la liberté d'association et je suis d'accord ^c avec le Juge en chef pour dire que la liberté d'association dans le contexte des relations de travail comprend la liberté de négocier collectivement et que la grève, à titre de caractéristique essentielle d'une négociation collective efficace, est également ^d englobée par cette liberté. Toutefois, je ne puis conclure que la prévention d'un préjudice économique pour un secteur particulier constitue en soi un objectif gouvernemental suffisamment important ^e pour justifier l'abrogation de la liberté garantie par l'al. 2d).

Je ne doute pas que la réglementation en matière économique est une importante fonction ^f gouvernementale dans la société d'aujourd'hui, mais, si elle doit être accomplie aux dépens de nos libertés fondamentales, elle doit alors, à mon avis, faire suite à une menace grave au bien-être de l'État ou d'une partie importante de celui-ci. Le ^g Juge en chef a conclu que c'était le cas dans l'arrêt *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424 (rendu en même temps que le présent arrêt), où l'objectif avoué du gouvernement était de combattre l'inflation. L'inflation est un problème économique qui ^h touche tous les citoyens du Canada et qui peut, s'il n'est pas contrôlé, déclencher une crise ou un état d'urgence nationale: voir *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373. À mon avis, la preuve soumise en l'espèce n'établit pas que les producteurs laitiers et le public subiront un préjudice économique qui s'inscrit dans cette catégorie.

Entre les deux extrêmes que représentent, d'une ^j part, ceux qui pensent que le gouvernement devrait intervenir dans tout conflit de travail qui porte préjudice au public ou à une partie de celui-ci et,

any government intrusion on free collective bargaining is an intolerable violation of the fundamental human rights of the parties to the dispute (see the *Woods Task Force Report on Canadian Industrial Relations* (1968), at p. 130) are those who reluctantly acknowledge the right of government to intervene in work stoppages which pose a threat to life or health or result in the withdrawal of essential public services. Legislatures in Canada have frequently intervened to prevent strikes in "essential services". Essential services initially comprised such things as public utilities, transportation and communications but the legislative definitions have gradually expanded to cover fire-fighters and police and more recently the media, teachers and some classes of public employees.

What conclusion are we to draw from this progressive expansion of the concept of "essential services"? Is this the route through which increasing government intervention in labour disputes is to be justified, namely that more and more goods and services are to be designated "essential"? Or is there some other way in which the degree to which the public is affected by a particular labour dispute can be measured? Professor Arthurs says the public interest in a dispute cannot be measured in purely quantitative terms; it may affect the way of life of those affected by it and have qualitative aspects as well: H. W. Arthurs: "Public Interest Labor Disputes in Canada: A Legislative Perspective" (1967), 17 *Buffalo L. Rev.* 39, at p. 48. Nor can the degree of public interest be inferred from the fact that government has in fact intervened because each government intervention would then be used as a precedent to justify further intervention resulting in "an amoeba-like tendency of public interest disputes to reproduce themselves" (p. 52). Professor Arthurs provides no answer to this difficult question; he appears to accept government regulation of labour management relations as politically inevitable: H. W. Arthurs: "Free Collective Bargaining in a Regulated Society" published in *The Direction of Labour Policy in*

d'autre part, ceux qui sont fermement d'avis que toute ingérence gouvernementale en matière de libre négociation collective constitue une violation intolérable des droits fondamentaux que possèdent, en tant que personnes, les parties au litige (voir le *Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail* (1968), le rapport Woods aux pp. 143 et 144), il y a ceux qui reconnaissent à contrecœur que le gouvernement a le droit d'intervenir dans le cas d'arrêts de travail qui constituent une menace à la vie ou à la santé ou qui entraînent la cessation de la prestation de services publics essentiels. Les assemblées législatives au Canada sont souvent intervenues pour empêcher les grèves dans les «services essentiels». Au départ, les services essentiels comprenaient des choses comme les services publics, les transports et les communications, mais les définitions dans les lois ont progressivement évolué de manière à viser les pompiers et la police et plus récemment les médias, les enseignants et certaines catégories de fonctionnaires.

Quelle conclusion devons-nous tirer de cet élargissement progressif du concept des «services essentiels»? Est-ce là la manière de justifier une intervention gouvernementale accrue dans les conflits de travail, savoir que de plus en plus de biens et services doivent être désignés comme étant «essentiels»? Y a-t-il plutôt une autre manière de mesurer l'effet d'un conflit de travail particulier sur le public? Le professeur Arthurs affirme que l'intérêt public dans un conflit ne peut être mesuré de manière purement quantitative; il peut avoir un effet sur le mode de vie de ceux qu'il touche et comporter également des aspects qualitatifs: H. W. Arthurs: "Public Interest Labor Disputes in Canada: A Legislative Perspective" (1967), 17 *Buffalo L. Rev.* 39, à la p. 48. Le degré d'intérêt public ne peut pas non plus se déduire du fait que le gouvernement est effectivement intervenu parce que chaque intervention gouvernementale serait alors utilisée comme un précédent pour justifier une autre intervention, ce qui entraînerait une [TRADUCTION] «tendance des conflits d'intérêt public à se multiplier» (p. 52). Le professeur Arthurs ne répond pas à cette question épineuse; il semble accepter que la réglementation des relations de travail par le gouvernement est politiquement inévitable: H. W. Arthurs: "Free Collective

Canada (McGill University Industrial Relations Centre, 1977), at p. 110. More and more inroads will be made into the concept of free collective bargaining, he says, and “we will stop paying lip service to the pristine ideal of labour and management autonomy” and “explicitly acknowledge the pre-eminence of public over private values in the industrial sector” (p. 112).

The difficulty with this critique, it seems to me, is that it fails to recognize that public and private interests are not being pitted against each other. What are being pitted against each other are two different kinds of public interest, the public interest in the continuation of services and the public interest in the freedom of workers to associate and act collectively. Whether Professor Arthur’s gloomy prediction on the fate of collective bargaining in Canada absent the *Charter* is sound or not, the public interest in freedom of association is now a constitutionally protected value. The question, however, remains—and s. 1 of the *Charter* demands an answer—when is the public interest in the continuation of services so detrimentally affected by the collective bargaining process that its suspension is reasonable and justified in a free and democratic society? I say the continuation of services advisedly because it has not, in my opinion, been established that the provision of milk is an “essential” service in the same sense as hospitals, fire-fighters, police and the like are providing essential services. Certainly it is not an essential service within the definition adopted by the Chief Justice from the decisions of the Freedom of Association Committee of the I.L.O. I believe, therefore, that the answer is not to be found in the designation of more and more services as “essential”.

The onus is, of course, on government to justify the suspension of the collective bargaining process under s. 1. As was noted in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 138:

Bargaining in a Regulated Society» publié dans *The Direction of Labour Policy in Canada* (McGill University Industrial Relations Centre, 1977), à la p. 110. Il dit qu’on empiètera de plus en plus sur le concept de la libre négociation collective et [TRADUCTION] «nous cesserons de rendre hommage pour la forme à l’idéal parfait de l’autonomie des salariés et du patronat» et [TRADUCTION] «nous reconnaissons explicitement la prééminence des valeurs publiques sur les valeurs privées dans le secteur industriel» (p. 112).

Il me semble que le problème que soulève cette critique est qu’elle ne reconnaît pas que les intérêts publics et privés ne sont pas en opposition. Ce sont deux genres différents d’intérêts publics qui sont opposés l’un à l’autre: l’intérêt public à ce que les services essentiels soient maintenus et l’intérêt public à ce que les travailleurs soient libres de s’associer et d’agir collectivement. Peu importe que soit fondée ou non la sombre prédiction du professeur Arthurs quant au sort de la négociation collective au Canada abstraction faite de la *Charte*, l’intérêt public à ce qu’il y ait liberté d’association constitue maintenant une valeur garantie par la Constitution. Toutefois, comme l’exige l’article premier de la *Charte*, il reste à répondre à la question de savoir quand le processus de négociation collective cause-t-il à l’intérêt public à ce que des services soient maintenus un préjudice suffisant pour que sa suspension soit raisonnable et justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique? C’est à dessein que j’ai parlé du maintien de services parce que, à mon avis, on n’a pas établi que l’approvisionnement en lait constitue un «service essentiel» dans le même sens que les hôpitaux, les pompiers, la police, et ainsi de suite, assurent des services essentiels. Il ne s’agit certainement pas d’un service essentiel au sens de la définition adoptée par le Juge en chef en s’inspirant des décisions du Comité de la liberté syndicale du B.I.T. Je suis donc d’avis que la réponse ne se trouve pas dans la désignation d’un nombre accru de services comme étant «essentiels».

Évidemment, il incombe au gouvernement de justifier la suspension du processus de négociation collective en vertu de l’article premier. Comme il a été souligné dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 138:

Where evidence is required in order to prove the constituent elements of a s. 1 inquiry, and this will generally be the case, it should be cogent and persuasive and make clear to the Court the consequences of imposing or not imposing the limit.

The government called no evidence. The only evidence before the Court was introduced by the respondents. It consisted of affidavits sworn by union representatives and some newspaper clippings. Bayda C.J.S. of the Saskatchewan Court of Appeal held the newspaper clippings inadmissible. As to the affidavits he said:

... the affidavits taken in their entirety say virtually nothing about the circumstances of the two companies, or of the producers of the milk, or of the consumers, all of whom presumably would be detrimentally affected if no limit were imposed.

(*Re Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 and Government of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609, at p. 628.)

He concluded that there was not enough material before the Court to enable it to engage in the balancing process required to arrive at a decision on the reasonableness or otherwise of the limit.

Cameron J.A. agreed with Bayda C.J.S. that the government had failed to discharge its evidentiary burden under s. 1 of the *Charter*. He found that it had introduced no evidence to establish that the provision of milk was an "essential" service, that it would necessarily be unavailable to Saskatchewan residents if the work stoppage occurred, or that the "continued viability of the dairy industry in the province" was at stake.

On the subject of the newspaper clippings Cameron J.A. had this to say (at p. 649):

This information was gleaned from the newspaper clippings which, as might be expected, contained a rich variety of comment and opinion, some of it conflicting, much of it colourful, and all of it devoted to the public advocacy of one side or another during the height of the conflict. One "spokesman" was reported to have said that, in the event of a work stoppage, milk "will flood in

Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction.

Le gouvernement n'a présenté aucun élément de preuve. La seule preuve dont dispose la Cour a été présentée, par les intimés. Elle est constituée d'affidavits de représentants syndicaux et de certaines coupures de journaux. Le juge en chef Bayda de la Cour d'appel de la Saskatchewan a jugé inadmissibles les coupures de journaux et a affirmé ceci au sujet des affidavits:

[TRADUCTION] ... les affidavits dans l'ensemble n'apportent presque aucune précision concernant la situation des deux sociétés, des producteurs laitiers ou encore des consommateurs qui subiraient tous probablement un préjudice si aucune restriction n'était imposée.

(*Re Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 and Government of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609, à la p. 628.)

Il a conclu que la cour n'avait pas suffisamment de données pour être en mesure de procéder à l'évaluation nécessaire pour aboutir à une décision sur le caractère raisonnable ou non de la restriction.

Le juge Cameron a convenu avec le juge en chef Bayda que le gouvernement ne s'était pas acquitté de la charge de la preuve qui lui incombait en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il a conclu qu'il n'avait présenté aucun élément de preuve démontrant que l'approvisionnement en lait était un service «essentiel», que les résidents de la Saskatchewan en seraient nécessairement privés s'il survenait un arrêt de travail ou que la [TRADUCTION] «viabilité même de l'industrie laitière dans la province» était en jeu.

Voici ce que le juge Cameron a dit au sujet des coupures de journaux (à la p. 649):

[TRADUCTION] Ces renseignements ont été tirés de coupures de journaux qui, comme on pourrait s'y attendre, contiennent un grand nombre d'observations et d'opinions dont certaines sont contradictoires et beaucoup sont imagées, et qui ont toutes été consacrées à la défense du public d'un côté ou de l'autre alors que le conflit était à son apogée. On rapporte qu'un «porte-

from Manitoba and Alberta as it always has"; others were quoted as having said producers would have to "dump their milk" by the thousands of gallons. Management representatives accused the unions of taking "a completely unrealistic position" in view of the 33 million dollar indebtedness of the companies, while the unions described the negotiations as a "farce, mickey mouse", especially since the companies were enjoying "windfall profits". All of this is the common fare of newspapers, and, while it may serve to permit the public, for its purposes, to make reasonably informed assessments of current events, it cannot, with respect, form the basis for judicial decision-making.

While I doubt the soundness of Bayda C.J.S.'s finding that the newspaper clippings were wholly inadmissible, I certainly agree with Cameron J.A. as to their probative value. Indeed, it is because of their inherent frailties as hearsay evidence that newspaper clippings are not admissible in civil or criminal proceedings in England or in this country. I recognize, however, that a greater degree of latitude is appropriate for the purpose of establishing legislative facts in constitutional cases: see *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714. But the Court was quick to point out in that case that it was speaking only of "material not inherently unreliable" (p. 723). With respect, I think that is precisely what we have here and, even if some form of estoppel operates against the respondents because they were the ones who introduced the newspaper clippings into evidence, I do not believe that that can affect their weight as opposed to their admissibility.

Certainly, the newspaper clippings here do not meet Wigmore's test for an exception to the hearsay rule, namely 1) unavailability of the witnesses themselves to testify under oath and be cross-examined and 2) probable trustworthiness of their statements. This test was expressly adopted by this Court in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608, at p. 620. The individuals whose statements are quoted in the clippings could easily have been called to the stand to give their evidence and be cross-examined on it. Instead, a weaker form of proof, newspaper

parole» a affirmé que s'il survient un arrêt de travail, le lait «coulera en provenance du Manitoba et de l'Alberta comme cela a toujours été le cas»; d'autres auraient dit que les producteurs seraient obligés de «jeter leur lait» par milliers de gallons. Les représentants de la direction ont accusé les syndicats d'adopter «une position complètement irréaliste» compte tenu de la dette de 33 millions de dollars des compagnies, alors que les syndicats ont décrit les négociations comme étant «une farce, une fumisterie», vu particulièrement que les sociétés réalisaient des «profits tombés du ciel». Cela est fréquent dans les journaux et, bien que cela puisse permettre au public, pour ses fins, d'évaluer d'une manière raisonnablement éclairée les événements qui se produisent, cela ne peut, avec égards, constituer le fondement d'une décision judiciaire.

Bien que je doute de la justesse de la conclusion du juge en chef Bayda portant que les coupures de journaux étaient entièrement inadmissibles, je partage certainement l'avis du juge Cameron en ce qui concerne leur valeur probante. En fait, c'est à cause de leur faiblesse inhérente à titre de preuve par ouï-dire que les coupures de journaux ne sont pas admissibles dans les instances civiles ou criminelles en Angleterre ou ici. Toutefois, je reconnais qu'une plus grande latitude est appropriée pour établir les faits législatifs dans les affaires constitutionnelles: voir *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714. Toutefois la Cour s'est empressée de souligner dans cet arrêt qu'elle ne parlait que des documents «qui ne sont pas douteux en soi» (p. 723). Avec égards, je crois que c'est précisément le cas en l'espèce et, même si une certaine forme d'irrecevabilité joue contre les intimés parce que ce sont eux qui ont soumis en preuve les coupures de journaux, je ne crois pas que cela puisse avoir un effet sur leur valeur probante par rapport à leur admissibilité.

Il est bien évident que les coupures de journaux en l'espèce ne satisfont pas au critère de Wigmore pour qu'on puisse faire exception à la règle du ouï-dire, savoir 1) la non-disponibilité des témoins eux-mêmes pour déposer sous serment et être contre-interrogés et 2) la véracité probable de leurs déclarations. Ce critère a été expressément adopté par cette Cour dans l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, à la p. 620. Les personnes dont les déclarations sont citées dans les coupures auraient facilement pu être appelées à témoigner et à être

clippings, was substituted. The Chief Justice quotes the President of the Saskatchewan Milk Producers' Association for the fact that huge quantities of milk would have to be dumped if the work stoppage lasted more than three days. The figure of a \$250,000 per day loss to dairy farmers, which the Chief Justice accepts, comes from one Gunnar Pedersen, General Manager of Regina's Dairy Producers Co-operative Ltd. I do not believe that the statements of these and other interviewees meet Wigmore's test of trustworthiness. They were obviously using the media to try to persuade the public and the legislature of the justness of their cause. Their statements are completely self-serving. They are, moreover, offset by the equally self-serving excerpts from the interviewees on the other side of the debate who denied that dumping on that scale would take place or that the supply of milk to residents would be halted. According to them milk would simply be imported from the adjoining provinces as it had been in the past.

As Lord Reid said in *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273, a contempt of court case, at p. 300:

Responsible "mass media" will do their best to be fair, but there will also be ill-informed, slapdash or prejudiced attempts to influence the public. If people are led to think that it is easy to find the truth, disrespect for the processes of the law could follow, and, if mass media are allowed to judge, unpopular people and unpopular causes will fare very badly.

I think Cameron J.A. summed up very neatly the probative value of the newspaper clippings in the passage already quoted from his reasons.

Given, however, that there is a point at which government interference with the collective bargaining process is justified, how does the Court determine under s. 1 of the *Charter* when that point has been reached? It seems to me that the government must satisfy the court that as a mini-

contre-interrogées à ce sujet. On a plutôt remplacé leurs témoignages par une forme de preuve plus faible, savoir les coupures de journaux. Le Juge en chef cite le président de la Saskatchewan Milk Producers' Association quant au fait que d'énormes quantités de lait devraient être jetées si l'arrêt de travail durait plus de trois jours. Le chiffre de 250 000 \$ par jour à titre de pertes que subiraient les producteurs laitiers, que le Juge en chef accepte, est donné par un nommé Gunnar Pedersen, directeur général de la Dairy Producers Co-operative Ltd. de Regina. Je ne crois pas que leurs déclarations et celles d'autres personnes interviewées satisfont au critère de véracité établi par Wigmore. De toute évidence, elles se sont servies des médias pour tenter de persuader le public et l'assemblée législative de la justesse de leur cause. Leurs déclarations ne servent que leurs propres fins. De plus, elles sont contrebalancées par des extraits qui servent également les propres fins des personnes interviewées pour la partie adverse qui ont nié qu'il y aurait un déversement de cette importance ou qu'on cesserait d'approvisionner en lait les résidents. Selon eux, le lait serait simplement importé des provinces voisines comme cela s'était fait par le passé.

Comme lord Reid l'a affirmé dans *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273, une affaire d'outrage au tribunal, à la p. 300:

[TRADUCTION] Les «masse-médias» responsables feront de leur mieux pour être justes, mais il y en aura qui tenteront d'influencer le public par des mauvais renseignements ou de manière insouciant ou partielle. Si on amène les gens à croire qu'il est facile de découvrir la vérité, il pourrait en résulter un manque de respect envers les voies de droit et, si l'on permet aux masse-médias de porter des jugements, les personnes impopulaires et les causes impopulaires s'en porteront très mal.

Je crois que le juge Cameron a très bien résumé la valeur probante des coupures de journaux dans le passage déjà cité de ses motifs.

Toutefois, étant donné qu'il y a un point où l'ingérence gouvernementale dans le processus de négociation collective est justifiée, comment la Cour détermine-t-elle, en vertu de l'article premier de la *Charte*, à quel moment ce point a été atteint? Selon moi, le gouvernement doit convaincre la cour

mum the damage to the dairy industry as a consequence of the work stoppage would be considerably greater than that which would flow in the ordinary course of things from a work stoppage of reasonable duration. Industry and the public accept a certain amount of damage and inconvenience as the price of maintaining free negotiation in the work place. Such damage and inconvenience cannot therefore constitute the "pressing and substantial concern" which the Court held in *Oakes* was required in order to justify government intervention. Otherwise every work stoppage would give rise to a "pressing and substantial concern" and government intervention would be the rule rather than the exception. There has to be more to it than that.

The Chief Justice suggests that the test should be the extent of the economic harm likely to be suffered by third parties as a result of the work stoppage and he characterizes the dairy farmers as third parties for purposes of the test. I am not convinced that the dairy farmers can properly be considered third parties for this purpose. The respondents were employees of Palm Dairies Ltd. and the Dairy Producers Co-operative Ltd. The former owned two plants; the latter owned nine. The Dairy Producers Co-operative Ltd., as the name suggests, was owned by dairy farmers. I have difficulty in appreciating how the owners of a corporation involved in the strike as a principal can be viewed as innocent third parties for purposes of assessing the harm suffered by such parties. The Chief Justice expresses the view that government can more easily justify intervening to protect third parties under s. 1 than intervening to protect principal parties. This may as a general proposition be correct but why should the government be able to justify more easily the protection of owners of the corporation than the corporation itself? I think the flaw is in characterizing the dairy farmers as third parties.

The Chief Justice further suggests that in assessing the extent of the harm to third parties the relevant questions are how massive the harm is

au moins que le préjudice que subirait l'industrie laitière par suite de l'arrêt de travail serait sensiblement plus grave que celui qui résulterait dans le cours ordinaire d'un arrêt de travail d'une durée raisonnable. L'industrie et le public acceptent un certain niveau de préjudices et d'inconvénients comme prix à payer pour conserver la liberté de négociation dans le milieu de travail. Par conséquent, ces préjudices et inconvénients ne peuvent constituer la «préoccupation urgente et réelle» qui, selon ce que la Cour a jugé dans l'arrêt *Oakes*, est nécessaire pour justifier l'intervention du gouvernement. Autrement, tout arrêt de travail engendrerait une «préoccupation urgente et réelle» et l'intervention gouvernementale serait la règle plutôt que l'exception. Il doit y avoir plus que cela.

Le Juge en chef laisse entendre que le critère applicable devrait être l'étendue du préjudice économique que subiront vraisemblablement les tiers par suite de l'arrêt de travail et il qualifie les producteurs laitiers de tiers pour les fins de ce critère. Je ne suis pas convaincue que l'on puisse à bon droit considérer les producteurs laitiers comme des tiers à cette fin. Les intimés étaient des employés de Palm Dairies Ltd. et de la Dairy Producers Co-operative Ltd. La première possédait deux usines et l'autre, neuf. La Dairy Producers Co-operative Ltd., comme son nom l'indique, était la propriété de producteurs laitiers. Il m'est difficile de voir comment les propriétaires d'une société mêlée à la grève comme partie principale peuvent être considérés comme des tiers innocents pour ce qui est d'évaluer le préjudice subi par ces parties. Le Juge en chef se dit d'avis qu'il est plus facile pour le gouvernement de justifier une intervention destinée à protéger les tiers en vertu de l'article premier qu'une intervention visant à protéger les parties principales. Cela peut être exact comme proposition générale, mais pourquoi le gouvernement devrait-il être en mesure de justifier plus facilement la protection des propriétaires de la société plutôt que celle de la société elle-même? J'estime que le problème réside dans la qualification des producteurs laitiers comme étant des tiers.

De plus, le Juge en chef laisse entendre que, dans l'évaluation de l'étendue du préjudice subi par les tiers, les questions pertinentes consistent à

and how focussed in its intensity. Those questions can, in my opinion, only be answered on the basis of evidence adduced in the case. They cannot be answered in the abstract. But, in my view, they become relevant only when the primary threshold of damage which is the inevitable concomitant of the work stoppage has been crossed. The government must stay its hand in order to give the process an opportunity to work. It must, in other words, distinguish between the permissible degree of harm which is the price of the system and the impermissible degree when that price becomes inordinately high.

As Bayda C.J.S. pointed out, we simply do not have a basis of solid fact in this case on which to make a judgment as to whether the government's intervention was reasonable or not. The government has simply failed to discharge its onus under s. 1 and the infringement of the respondents' freedom of association under s. 2(d) of the *Charter* has accordingly not been demonstrably justified.

Even, however, if I am wrong in that and the government has established that its objective in protecting the economic interests of dairy farmers was sufficiently compelling to justify overriding the workers' right to strike, the government, in my view, has failed to show that the means employed by it were closely tailored to the objective so as to ensure the least possible infringement of the right. The government, in its legislation, forbade any lock-out or strike action. It provided for compulsory arbitration. The government, in my view, should not automatically respond with a total strike ban and the institution of compulsory arbitration. In some cases, a partial strike ban will achieve the government objective of preventing harm that in the Chief Justice's words is "massive, immediate and focussed" or in my words "would be considerably greater than that which would flow in the ordinary course of things from a work stoppage of reasonable duration". In the complex area of economic harm the tailoring need not be exact but tailoring there must be. There may be cases, of course, where the government in order to prevent

déterminer la gravité du préjudice subi et la mesure dans laquelle ses effets sont concentrés. À mon avis, on ne peut répondre à ces questions qu'en fonction de la preuve produite en l'espèce. Il n'est pas possible d'y répondre dans l'abstrait. J'estime toutefois qu'elles ne deviennent pertinentes qu'une fois franchi le stade primaire du préjudice qui découle inévitablement de l'arrêt de travail. Le gouvernement doit se retenir d'agir afin de donner au processus une chance de fonctionner. En d'autres termes, il doit faire la distinction entre le degré de préjudice acceptable qui est le prix du système à payer et le degré inacceptable qui se présente lorsque ce prix à payer devient excessif.

Comme le juge en chef Bayda l'a souligné, nous n'avons tout simplement pas, en l'espèce, de base factuelle solide qui nous permette de nous prononcer sur la question de savoir si l'intervention du gouvernement était raisonnable ou non. Le gouvernement ne s'est tout simplement pas acquitté de l'obligation que lui impose l'article premier, et n'a donc pas démontré que la violation de la liberté d'association des intimés visée à l'al. 2d) de la *Charte* était justifiée.

Toutefois, même à supposer que j'aie tort sur ce point et que le gouvernement a établi que l'objectif qu'il poursuivait en protégeant les intérêts économiques des producteurs laitiers était suffisamment impérieux pour justifier la suppression du droit de grève des travailleurs, j'estime que le gouvernement n'a pas démontré que les moyens auxquels il a eu recours étaient directement adaptés à cet objectif de manière à assurer que l'on porterait le moins possible atteinte à ce droit. Par la loi qu'il a adoptée, le gouvernement a interdit tout lock-out ou toute grève. Il a prescrit l'arbitrage obligatoire. À mon avis, le gouvernement ne devrait pas répondre automatiquement par une interdiction totale de faire grève et par l'imposition de l'arbitrage obligatoire. Dans certains cas, une interdiction partielle de faire grève permettra de réaliser l'objectif du gouvernement d'empêcher que ne soit causé un préjudice qui, pour reprendre les termes du Juge en chef, est «considérable, immédiat et concentré» ou qui, selon mes propres termes, «serait sensiblement plus grave que celui qui résulterait dans le cours ordinaire d'un arrêt de travail

grave economic harm would have to limit the right to strike to a point where it would be rendered ineffective. In such a case, the government could and indeed would have a constitutional duty to institute compulsory arbitration. In this case, the government has not established that it had to institute a total strike ban and compulsory arbitration. The affidavits of the respondents indicate that they felt they would have an effective strike weapon if they were allowed to engage in a series of rotating strikes that would have allowed the industry to continue functioning at 85 per cent of normal capacity. The government has not contended that such a partial strike would have had unacceptable costs to dairy farmers. I do not see why an employer's total lock-out in response to a proposed partial strike should relieve the government of its duty to tailor its legislative response. If it does, the employer has readily at hand the means to escalate the economic harm to third parties so as to warrant a total strike ban in all cases. It seems to me that if the Saskatchewan Government wished to maintain an even hand between employer and employees, it could have tailored its legislative response in this case by instituting a partial ban on both strike and lock-out. This would have attained its objective while at the same time meeting the proportionality test enunciated in *Oakes*.

The second objective advanced by the government in support of the limitation on the freedom under s. 2(d) is that the dairy workers provide an essential service, the delivery of an important food product to the consumer, and that the cessation of such delivery might threaten the health of part of the population. There is no evidence to support this allegation. Milk is undoubtedly an important food product but there may be other food products which are an adequate substitute. We simply do not know. Further, as Cameron J.A. of the Saskatchewan Court of Appeal observed, there is no

d'une durée raisonnable.» Dans le domaine complexe du préjudice économique, l'«adaptation» est obligatoire quoiqu'elle n'ait pas à être parfaite. Il va de soi qu'il peut y avoir des cas où, pour prévenir un grave préjudice économique, le gouvernement devrait limiter le droit de grève au point de le rendre inefficace. Le cas échéant, le gouvernement pourrait et, en fait, devrait en vertu de la Constitution imposer l'arbitrage obligatoire. En l'espèce, le gouvernement n'a pas démontré qu'il se devait de prescrire une interdiction totale de grève et l'arbitrage obligatoire. Il ressort des affidavits des intimés que ceux-ci ont considéré qu'ils disposeraient d'une arme efficace s'il leur était permis d'entreprendre une série de grèves tournantes qui permettraient à l'industrie de continuer de fonctionner dans une proportion de 85 pour 100 de son rendement normal. Le gouvernement n'a pas soutenu qu'une telle grève partielle aurait occasionné des coûts inacceptables aux producteurs laitiers. Je ne vois pas pourquoi l'imposition d'un lock-out total par l'employeur, suite à un projet de grève partielle, devrait dégager le gouvernement de son obligation d'adapter sa réponse législative. Le cas échéant, l'employeur dispose facilement des moyens pour intensifier le préjudice économique causé aux tiers de manière à justifier une interdiction totale dans tous les cas. Il me semble que si le gouvernement de la Saskatchewan avait voulu maintenir l'égalité entre employeur et employés, il aurait pu adapter sa réponse législative en l'espèce en décrétant une interdiction partielle à la fois de faire la grève et d'imposer un lock-out. Cela lui aurait permis d'atteindre son objectif tout en satisfaisant au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

Le second objectif invoqué par le gouvernement à l'appui de la restriction de la liberté que prévoit l'al. 2d), porte que les travailleurs de l'industrie laitière fournissent un service essentiel, soit la livraison aux consommateurs d'un produit alimentaire important, et que l'arrêt de cette livraison pourrait mettre en danger la santé d'une partie de la population. Aucun élément de preuve n'a été présenté à l'appui de cet argument. Le lait est sans aucun doute un produit alimentaire important, mais il peut exister d'autres produits alimentaires pour le remplacer adéquatement. Nous ne le

evidence that milk would not be imported from outside the province to supply the Saskatchewan consumer: *Re Retail, Wholesale & Department Store Union, supra*, at p. 651. No threat to the health of Saskatchewan consumers has therefore been established.

I would dismiss the appeal with costs. I agree with the Chief Justice's answer to the first constitutional question. I would answer the second constitutional question in the negative.

Appeal allowed, WILSON J. dissenting.

Solicitor for the appellants: James P. Taylor, Regina.

Solicitors for the respondents: Mitchell Taylor Romanow Ching, Saskatoon.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Archie Campbell, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General for Alberta: McLennan Ross, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Tanner Elton, Winnipeg.

savons tout simplement pas. En outre, comme le juge Cameron de la Cour d'appel de la Saskatchewan l'a fait remarquer, il n'y a aucun élément de preuve démontrant que le lait ne serait pas importé de l'extérieur de la province pour approvisionner les consommateurs de la Saskatchewan: *Re Retail, Wholesale & Department Store Union*, précité, à la p. 651. Par conséquent, on n'a établi l'existence d'aucune menace à la santé des consommateurs de la Saskatchewan.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Je fais mienne la réponse du Juge en chef à la première question constitutionnelle. Je suis d'avis de répondre par la négative à la seconde question constitutionnelle.

Pourvoi accueilli, le juge WILSON dissidente.

Procureur des appelants: James P. Taylor, Regina.

Procureurs des intimés: Mitchell Taylor Romanow Ching, Saskatoon.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Archie Campbell, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: McLennan Ross, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Tanner Elton, Winnipeg.

Maurice Limoges *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LIMOGES

File No.: 19061.

1987: April 10.

Present: Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial — Charge by judge — Wrong instructions on burden of proof of alibi — Ambiguous statements on need for unanimous verdict — Section 613(1)(b)(iii) of Criminal Code not applicable — New trial ordered.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, J.E. 84-898, dismissing the accused's appeal from his conviction of first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

Yvan Lerner, for the appellant.

Yves Berthiaume, for the respondent.

English version of the judgment delivered orally by

BEETZ J.—We are all of the view that this appeal should be allowed. We are substantially in agreement with the reasons of Montgomery J.A., who found that the trial judge erred in law in his directions to the jury on the burden of proof of an alibi, and that his remarks regarding unanimity of the verdict could have given the jury the impression that they had to return a verdict. With respect, in view of the cumulative effect of these errors we do not share the view of Malouf and Chouinard J.J.A. that this is a case in which s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* applies. The appeal is accordingly allowed and a new trial ordered.

Maurice Limoges *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

^a RÉPERTORIÉ: R. c. LIMOGES

N° du greffe: 19061.

1987: 10 avril.

^b Présents: Les juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^c *Droit criminel — Procès — Exposé du juge — Directives erronées relativement au fardeau de la preuve en matière d'alibi — Propos ambigus sur la nécessité d'un verdict unanime — Non-applicabilité de l'art. 613(1)(b)(iii) du Code criminel — Nouveau procès ordonné.*

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)(b)(iii).

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, J.E. 84-898, qui a rejeté l'appel de l'accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

^f *Yvan Lerner*, pour l'appelant.

Yves Berthiaume, pour l'intimée.

^g Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

^h LE JUGE BEETZ—Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi doit être accueilli. Nous sommes, pour l'essentiel, d'accord avec les motifs du juge Montgomery pour trouver que le juge du procès a erré en droit dans ses directives au jury traitant du fardeau de la preuve en matière d'alibi et que ses propos traitant de l'unanimité du verdict ont pu laisser les jurés sous l'impression qu'ils devaient rendre un verdict. Avec égards, nous ne partageons pas l'avis des juges Malouf et Chouinard qu'il s'agit ici d'un cas où s'applique le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* vu l'effet cumulatif de ces erreurs. Le pourvoi est conformément accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Judgment accordingly.

*Solicitor for the appellant: Ivan Lerner,
Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Yves Berthiaume, ^a
Montréal.*

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Ivan Lerner, Montréal.

*Procureur de l'intimée: Yves Berthiaume,
Montréal.*



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1987 Vol. 1

and

Tables

4^e cahier, 1987 Vol. 1

et

Tables

Cited as [1987] 1 S.C.R. 499-710

Renvoi [1987] 1 R.C.S. 499-710

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

Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1987.

CONTENTS

Argentina v. Mellino 536

Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Extradition — Application for extradition dismissed by extradition judge — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to entertain appeal — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 2(1), 41.

Constitutional law — Charter of Rights — Application of Charter — Trial within a reasonable time — Extradition — Seventeen-month delay between respondent's discharge following the first extradition hearing and the initiation of the second — Delay not attributable to Canadian authorities — Whether s. 11(b) of the Charter applicable to an extradition hearing — Whether Charter applicable to the action of a foreign country — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Abuse of process — Seventeen-month delay between respondent's discharge following the first extradition hearing and the initiation of the second — Delay not attributable to Canadian authorities — Whether such delay constitutes an abuse of process and contravenes s. 7 of the Charter — Whether s. 7 applicable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Whether superior court judge, acting as extradition judge, a court of competent jurisdiction to grant remedies under s. 24(1) of the Charter.

Extradition — Jurisdiction of extradition judges — Whether extradition judge has jurisdiction to administer Charter remedies or to deal with defences that could be raised at trial.

Continued on next page

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

Arrêtiŕte en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1987.

SOMMAIRE

Argentine c. Mellino 536

Appel — Cour suprême du Canada — Compétence — Extradition — Rejet d'une demande d'extradition par un juge d'extradition — Compétence de la Cour suprême du Canada pour entendre le pourvoi — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 2(1), 41.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la Charte — Procès dans un délai raisonnable — Extradition — Retard de dix-sept mois entre la libération de l'intimé après la première audience d'extradition et le début de la seconde — Retard non attribuable aux autorités canadiennes — Applicabilité de l'art. 11b) de la Charte à une audience d'extradition — Applicabilité de la Charte aux actes d'un pays étranger — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Abus des procédures — Retard de dix-sept mois entre la libération de l'intimé après la première audience d'extradition et le début de la seconde — Retard non attribuable aux autorités canadiennes — Ce retard constitue-t-il un abus des procédures et contrevient-il à l'art. 7 de la Charte? — L'article 7 s'applique-t-il? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — Un juge de cour supérieure, agissant à titre de juge d'extradition, est-il un tribunal compétent pour accorder des réparations en vertu de l'art. 24(1) de la Charte?

Extradition — Compétence des juges d'extradition — Un juge d'extradition a-t-il compétence pour appliquer les réparations

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada v. Schmidt 500

Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Extraditions — *Habeas corpus* — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to entertain an appeal from *habeas corpus* proceedings in extradition matters — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 719(5) — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 40.

Constitutional law — Charter of Rights — Application of Charter — Double jeopardy — Extradition — Appellant fleeing to Canada after acquittal on American federal charge of kidnapping but prior to her trial on state charge of child stealing arising out of the same transaction — Whether Charter applicable to the actions of a foreign country — Whether s. 11(h) of the Charter applicable to an extradition hearing — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(h), 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Appellant fleeing to Canada after acquittal on American federal charge of kidnapping but prior to her trial on state charge of child stealing arising out of the same transaction — Whether the surrender of the fugitive to foreign country violates s. 7 of the Charter.

Extradition — Jurisdiction of extradition judges — Autrefois acquit defence raised at the extradition hearing — Whether extradition judge has jurisdiction to deal with defences that could be raised at trial.

R. v. Gould 499

Criminal law — Procedure — Pleas — Autrefois acquit — Accused's committal for trial quashed before plea — Crown appealed but unable to effect service — Direct indictment preferred by Attorney General against accused — Indictment dismissed by trial judge on a plea of autrefois acquit — Appeal by Crown allowed — Accused never placed in jeopardy on the proceedings on first indictment — Accused not entitled to plea of autrefois acquit.

R. v. Rahey 588

Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Accused alleging a violation of his Charter right to be tried within reasonable time — Whether the superior court of a province a court of competent jurisdiction for the purposes of an originating application under s. 24(1) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 24(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Trial judge taking eleven months to decide a motion for a directed verdict — Whether accused's right to be tried within reasonable time infringed — Appropriate remedy for an infringement of s. 11(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 24(1).

R. v. Thatcher 652

Criminal law — Charge to jury — Murder — Aiding or abetting — Crown's theory that accused could be found guilty as principal or alternatively as aider or abettor — Whether evidence to justify putting to the jury the Crown's alternative the-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

prévues dans la Charte ou pour examiner les moyens de défense qui pourraient être soulevés au procès?

Canada c. Schmidt 500

Pourvoi — Cour suprême du Canada — Compétence — Extradition — *Habeas corpus* — Compétence de la Cour suprême du Canada pour entendre un pourvoi interjeté dans le cadre de procédures d'*habeas corpus* dans une affaire d'extradition — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 719(5) — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 40.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la Charte — Double péril — Extradition — Fuite de l'appelante au Canada après son acquittement relativement à une accusation d'enlèvement aux termes de la loi fédérale américaine, mais avant son procès relativement à l'accusation de vol d'enfant aux termes de la loi de l'État par suite du même acte — Applicabilité de la Charte aux actes d'un pays étranger — Applicabilité de l'art. 11h) de la Charte à une audience d'extradition — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11h), 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Fuite de l'appelante au Canada après son acquittement relativement à une accusation d'enlèvement aux termes de la loi fédérale américaine, mais avant son procès relativement à l'accusation de vol d'enfant aux termes de la loi de l'État par suite du même acte — La remise de la fugitive à un pays étranger viole-t-elle l'art. 7 de la Charte?

Extradition — Compétence des juges d'extradition — Moyen de défense d'autrefois acquit invoqué à l'audience d'extradition — Compétence du juge d'extradition pour examiner des moyens de défense qui pourraient être soulevés au procès.

États-Unis c. Allard 564

Appel — Cour suprême du Canada — Compétence — Extradition — Suspension d'instance ordonnée par un juge d'extradition — Compétence de la Cour suprême du Canada pour entendre le pourvoi — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — Un juge de cour supérieure, agissant à titre de juge d'extradition, est-il un tribunal compétent pour accorder des réparations en vertu de l'art. 24(1) de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la Charte — Procès dans un délai raisonnable — Extradition — Pays étranger requérant l'extradition de fugitifs cinq ans après leur retour au Canada — Délai non attribuable aux autorités canadiennes — La Charte a-t-elle une application extra-territoriale de manière à priver un pays étranger d'un droit que lui confère un traité avec le Canada? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Pays étranger requérant l'extradition de fugitifs cinq ans après leur retour au Canada — Délai non attribuable aux autorités canadiennes — La remise des fugitifs à un pays étranger viole-t-elle l'art. 7 de la Charte?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

ory — Whether trial judge failed to apply the legal principles of s. 21 of the Criminal Code to the evidence of the case.

Criminal law — Charge to jury — Burden of proof — Murder — Whether trial judge erred in directing the jury to weigh the evidence of the accused against the evidence of other witnesses and to choose which they accepted, thereby reducing the burden of proof.

Criminal law — Charge to jury — Fairness — Murder — Whether trial judge adequately summarized the evidence or the theory of the defence.

Criminal law — Charge to jury — Unanimity — Murder — Trial judge instructing jurors that they could find the accused guilty either as principal or as aider or abettor — Whether trial judge failed to instruct the jurors that they must be unanimous in the way in which the offence was committed — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21.

R. v. Vermette 577

Criminal law — Contempt of court — Procedure — Crown proceeding by way of indictment — Accused re-electing trial by magistrate — Conviction entered on plea of guilty — Whether or not provincial court had jurisdiction to consider criminal contempt — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 8, 127(2), 484(1).

Courts — Jurisdiction — Criminal contempt — Whether or not jurisdiction in provincial court.

Restaurant Le Clémenceau Inc. v. Drouin 706

Administrative law — Writ of evocation — Information laid by official of Ministère du revenu — Search and seizure authorized by Deputy Minister of Revenue and approved by judge — Whether judge had information necessary to determine if facts on which informant's belief based were reasonable — Act respecting the Ministère du revenu, R.S.Q. 1977, c. M-31, s. 40 — Code of Civil Procedure, art. 846.

Taxation — Information laid by official of Ministère du revenu — Search and seizure authorized by Deputy Minister of Revenue and approved by judge — Whether judge had information necessary to determine if facts on which informant's belief based were reasonable — Writ of evocation — Act respecting the Ministère du revenu, R.S.Q. 1977, c. M-31, s. 40.

United States v. Allard 564

Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Extradition — Stay of proceedings ordered by extradition judge — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to entertain appeal — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Whether superior court judge, acting as extradition judge, a court of competent jurisdiction to grant remedies under s. 24(1) of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Application of Charter — Trial within a reasonable time — Extradition — Foreign country requesting extradition of fugitives five years

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Gould 499

Droit criminel — Procédure — Moyens de défense — Autrefois acquit — Annulation du renvoi à procès de l'accusé avant le plaidoyer — Le ministère public fait appel mais ne réussit pas à le signifier — Acte d'accusation direct présenté par le procureur général contre l'accusé — Acte d'accusation annulé par le juge du procès au vu de la défense d'autrefois acquit — Appel interjeté par le ministère public — Les procédures suite au premier acte d'accusation n'ont pas mis l'accusé en péril — L'accusé ne peut pas invoquer le moyen de défense d'autrefois acquit.

R. c. Rahey 588

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — L'accusé allègue la violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit la Charte — La cour supérieure d'une province est-elle un tribunal compétent aux fins d'une requête introductive d'instance fondée sur l'art. 24(1) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 24(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Le juge du procès a pris onze mois pour statuer sur une requête en obtention d'un verdict imposé — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable? — Réparation convenable pour une violation de l'art. 11b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 24(1).

R. c. Thatcher 652

Droit criminel — Exposé au jury — Meurtre — Aider ou encourager — Selon le ministère public l'accusé pouvait être déclaré coupable à titre d'auteur ou subsidiairement à titre de personne qui a aidé ou encouragé — La preuve justifiait-elle la présentation au jury de la seconde thèse du ministère public? — Le juge du procès a-t-il omis d'appliquer les principes juridiques de l'art. 21 du Code criminel à la preuve?

Droit criminel — Exposé au jury — Fardeau de la preuve — Meurtre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en disant au jury qu'il devait évaluer le témoignage de l'accusé en fonction de ceux des autres témoins et devait choisir lequel il acceptait, réduisant ainsi le fardeau de la preuve?

Droit criminel — Exposé au jury — Caractère équitable — Meurtre — Le juge du procès a-t-il résumé d'une manière adéquate les éléments de preuve et la thèse de la défense?

Droit criminel — Exposé au jury — Unanimité — Meurtre — Directives du juge au jury selon lesquelles il pouvait déclarer l'accusé coupable soit à titre d'auteur soit de personne qui a aidé ou encouragé — Le juge du procès a-t-il omis d'exposer au jury qu'il devait être unanime quant à la manière dont l'infraction a été commise? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21.

R. c. Vermette 577

Droit criminel — Outrage au tribunal — Procédure — La poursuite procède par voie d'acte d'accusation — Procès par magistrat constituant le nouveau choix de l'intimé — Déclaration de culpabilité inscrite sur plaidoyer de culpabilité — La

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

after their return to Canada — Delay not attributable to Canadian authorities — Whether Charter has extraterritorial application so as to deprive a foreign country of a right conferred upon it by a treaty with Canada — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Foreign country requesting extradition of fugitives five years after their return to Canada — Delay not attributable to Canadian authorities — Whether the surrender of the fugitives to a foreign country violates s. 7 of the Charter.

SOMMAIRE (Fin)

Cour provinciale est-elle compétente pour examiner un outrage au tribunal? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 8, 127(2) 484(1).

Tribunaux — Compétence — Outrage criminel — La Cour provinciale est-elle compétente?

Restaurant Le Clémenceau Inc. c. Drouin 706

Droit administratif — Bref d'évocation — Dénonciation faite par un fonctionnaire du ministère du revenu — Perquisition et saisie autorisées par le sous-ministre du revenu et approuvées par un juge — Le juge avait-il les renseignements pertinents pour vérifier si les faits sur lesquels se fondait la croyance du dénonciateur sont raisonnables? — Loi sur le ministère du revenu, L.R.Q. 1977, chap. M-31, art. 40 — Code de procédure civile, art. 846.

Droit fiscal — Dénonciation faite par un fonctionnaire du ministère du revenu — Perquisition et saisie autorisées par le sous-ministre du revenu et approuvées par un juge — Le juge avait-il les renseignements pertinents pour vérifier si les faits sur lesquels se fondait la croyance du dénonciateur sont raisonnables? — Bref d'évocation — Loi sur le ministère du revenu, L.R.Q. 1977, chap. M-31, art. 40.

James Scott Gould *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GOULD

File No.: 19478.

1987: May 7.

Present: McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Procedure — Pleas — Autrefois acquit — Accused's committal for trial quashed before plea — Crown appealed but unable to effect service — Direct indictment preferred by Attorney General against accused — Indictment dismissed by trial judge on a plea of autrefois acquit — Appeal by Crown allowed — Accused never placed in jeopardy on the proceedings on first indictment — Accused not entitled to plea of autrefois acquit.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1985), 40 Sask. R. 173, [1985] 5 W.W.R. 430, allowing an appeal by the Crown from a dismissal of indictment. Appeal dismissed.

Howard Rubin, for the appellant.

S. R. Fainstein and *Horst H. Dahlem*, for the respondent.

The following is the judgment delivered orally by

MCINTYRE J.—As found by the Court of Appeal, the appellant was never in jeopardy on the proceedings concerning the first indictment and he is therefore not entitled to the plea of *autrefois acquit* in respect of the second indictment. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Rubin, Purves, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

James Scott Gould *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: R. c. GOULD

N° du greffe: 19478.

1987: 7 mai.

^b Présents: Les juges McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

^c *Droit criminel — Procédure — Moyens de défense — Autrefois acquit — Annulation du renvoi à procès de l'accusé avant le plaidoyer — Le ministère public fait appel mais ne réussit pas à le signifier — Acte d'accusation direct présenté par le procureur général contre l'accusé — Acte d'accusation annulé par le juge du procès au vu de la défense d'autrefois acquit — Appel interjeté par le ministère public — Les procédures suite au premier acte d'accusation n'ont pas mis l'accusé en péril — L'accusé ne peut pas invoquer le moyen de*
^d *défense d'autrefois acquit.*

^f POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1985), 40 Sask. R. 173, [1985] 5 W.W.R. 430, qui a accueilli un appel interjeté par le ministère public contre le rejet de l'acte d'accusation. Pourvoi rejeté.

Howard Rubin, pour l'appelant.

^g *S. R. Fainstein* et *Horst H. Dahlem*, pour l'intimée.

Version française du jugement prononcé oralement par

^h LE JUGE MCINTYRE—Comme l'a conclu la Cour d'appel, l'appelant n'a jamais été mis en péril par les procédures relatives au premier acte d'accusation et il n'a donc pas le droit d'invoquer la défense d'autrefois acquit à l'égard du second acte d'accusation. Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Rubin, Purves, Vancouver.

^j *Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.*

Helen Susan Schmidt *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada, the United States of America and the Attorney General for Ontario *Respondents*

INDEXED AS: CANADA v. SCHMIDT

File No.: 18343.

1985: December 18; 1987: May 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Extradition — Habeas corpus — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to entertain an appeal from habeas corpus proceedings in extradition matters — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 719(5) — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 40.

Constitutional law — Charter of Rights — Application of Charter — Double jeopardy — Extradition — Appellant fleeing to Canada after acquittal on American federal charge of kidnapping but prior to her trial on state charge of child stealing arising out of the same transaction — Whether Charter applicable to the actions of a foreign country — Whether s. 11(h) of the Charter applicable to an extradition hearing — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(h), 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Appellant fleeing to Canada after acquittal on American federal charge of kidnapping but prior to her trial on state charge of child stealing arising out of the same transaction — Whether the surrender of the fugitive to foreign country violates s. 7 of the Charter.

Extradition — Jurisdiction of extradition judges — Autrefois acquit defence raised at the extradition hearing — Whether extradition judge has jurisdiction to deal with defences that could be raised at trial.

Appellant, a Canadian citizen, resists extradition to the United States on a charge of child stealing contrary to Ohio law on the ground that she was acquitted in respect of the charge of kidnapping for the same offence

Helen Susan Schmidt *Appelante*

c.

Sa Majesté La Reine du chef du Canada, les États-Unis d'Amérique et le procureur général de l'Ontario *Intimés*

RÉPERTORIÉ: CANADA c. SCHMIDT

N^o du greffe: 18343.

1985: 18 décembre; 1987: 14 mai.

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

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

Pourvoi — Cour suprême du Canada — Compétence — Extradition — Habeas corpus — Compétence de la Cour suprême du Canada pour entendre un pourvoi interjeté dans le cadre de procédures d'habeas corpus dans une affaire d'extradition — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 719(5) — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 40.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la Charte — Double péril — Extradition — Fuite de l'appelante au Canada après son acquittement relativement à une accusation d'enlèvement aux termes de la loi fédérale américaine, mais avant son procès relativement à l'accusation de vol d'enfant aux termes de la loi de l'État par suite du même acte — Applicabilité de la Charte aux actes d'un pays étranger — Applicabilité de l'art. 11h) de la Charte à une audience d'extradition — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11h), 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Fuite de l'appelante au Canada après son acquittement relativement à une accusation d'enlèvement aux termes de la loi fédérale américaine, mais avant son procès relativement à l'accusation de vol d'enfant aux termes de la loi de l'État par suite du même acte — La remise de la fugitive à un pays étranger viole-t-elle l'art. 7 de la Charte?

Extradition — Compétence des juges d'extradition — Moyen de défense d'autrefois acquit invoqué à l'audience d'extradition — Compétence du juge d'extradition pour examiner des moyens de défense qui pourraient être soulevés au procès.

L'appelante, une citoyenne canadienne, alléguant qu'elle a déjà été acquittée relativement à une accusation d'enlèvement fondée sur le même acte et portée en vertu de la loi fédérale américaine, s'oppose à son extra-

under federal U.S. law. She claims that it violated her rights under ss. 7 and 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as well as the provisions of the extradition treaty between Canada and the United States. The defence was rejected by the extradition judge, the judge who reviewed the case on *habeas corpus* and the Ontario Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

(1) *The Jurisdictional Issue*

This Court has jurisdiction to hear this appeal pursuant to s. 719(5) of the *Criminal Code*. Having regard to the history of the section, it is clear that it was intended to give to the courts of appeal and to this Court a right of appeal in *habeas corpus* proceedings, including proceedings upon a writ of *habeas corpus* arising out of a claim for extradition. In enacting this provision, Parliament obviously overlooked s. 40 of the *Supreme Court Act*. It must, however, be taken to have been superseded by s. 719. To the extent that there is a conflict between s. 40 of the *Supreme Court Act* and s. 719 of the *Code*, then, s. 40 has been impliedly repealed.

Cases Cited

Considered: *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385; *Re Meier and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 210; **not followed:** *Re Lazier* (1899), 29 S.C.R. 630; *Gaynor and Greene v. United States of America* (1905), 36 S.C.R. 247; **referred to:** *Re Low* (1932), 41 O.W.N. 468; *Ecrement v. Séguin* (1921), 39 C.C.C. 113; *Re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526; *Re Wattebled* (1952), 106 C.C.C. 200; *Re Johnston and Shane* (1959), 18 D.L.R. (2d) 102.

(2) *The Extradition and Charter Issues*

Per Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ.: An extradition hearing is not a trial. It is simply a hearing to determine whether there is sufficient evidence of an alleged extradition crime to warrant the Government under its treaty obligations to surrender a fugitive to a foreign country for trial by the authorities there for an offence committed within its jurisdiction. Thus, the judge at an extradition hearing has no jurisdiction to deal with defences that could be raised at trial unless, of course, the Act or the treaty otherwise provides. Here, article 4(1)(i) of the extradition treaty between Canada and the United States expressly provides that extradition shall not be granted "When the person whose surrender is sought is being proceeded

dition aux États-Unis pour y répondre à une accusation d'avoir enfreint la loi de l'État d'Ohio en commettant le vol d'un enfant. Elle prétend que l'extradition constitue une violation à la fois des droits que lui confèrent l'art. 7 et l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des dispositions du traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis. Le juge d'extradition, le juge qui a révisé l'affaire sur *habeas corpus* et la Cour d'appel de l'Ontario ont tous écarté ce moyen de défense.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

(1) *La question de compétence*

Le paragraphe 719(5) du *Code criminel* attribue à la Cour compétence pour entendre le pourvoi. Eu égard à l'évolution qu'a suivie cette disposition, il ne fait pas de doute qu'elle est destinée à conférer aux tribunaux d'appel et à cette Cour un droit général d'entendre des appels en matière d'*habeas corpus*, y compris celles découlant d'une demande d'extradition. Quand il a adopté cette disposition, le législateur n'a manifestement pas tenu compte de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. Il faut toutefois présumer que l'art. 719 l'emporte sur l'art. 40. Dans la mesure donc où il y a conflit entre l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* et l'art. 719 du *Code*, l'art. 40 a été implicitement abrogé.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385; *Re Meier and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 210; **arrêts non suivis:** *Re Lazier* (1899), 29 R.C.S. 630; *Gaynor and Greene v. United States of America* (1905), 36 R.C.S. 247; **arrêts mentionnés:** *Re Low* (1932), 41 O.W.N. 468; *Ecrement v. Séguin* (1921), 39 C.C.C. 113; *Re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526; *Re Wattebled* (1952), 106 C.C.C. 200; *Re Johnston and Shane* (1959), 18 D.L.R. (2d) 102.

(2) *Les questions relatives à l'extradition et à la Charte*

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest: Une audience d'extradition n'est pas un procès. C'est simplement une audience visant à déterminer s'il existe une preuve suffisante d'un crime donnant lieu à extradition pour justifier que le gouvernement, dans l'exécution de ses obligations conventionnelles, livre un fugitif à un pays étranger pour qu'il y subisse son procès relativement à une infraction commise dans son ressort. Donc, le juge qui préside une audience d'extradition n'a pas compétence pour examiner les moyens de défense qui pourraient être soulevés au procès, à moins que, bien entendu, la Loi ou le traité n'en dispose autrement. En l'espèce, le sous-alinéa 4(1)(i) du traité d'extradition entre le Canada et les

against, or has been tried and discharged or punished in the territory of the requested State for the offense for which his extradition is requested". If the parties had considered that double jeopardy in the requesting state should be a valid defence at an extradition hearing, the treaty would have referred to it since the parties evidently adverted to the issue.

Section 11(h) of the *Charter* does not apply to an extradition hearing. There can be no doubt that the actions undertaken by the Government of Canada in extradition as in other matters are subject to scrutiny under the *Charter* (s. 32). But the *Charter* does not govern the actions of a foreign country. In particular the *Charter* cannot be given extraterritorial effect to govern how criminal proceedings in a foreign country are to be conducted. Section 11 relates to charges laid by the governments referred to in s. 32 of the *Charter*. An extradition hearing does not fall within that description.

It does not follow that the *Charter* has no application to extradition. While the general extradition procedure constitutes a reasonable limit, under s. 1 of the *Charter*, on the right not to be surrendered for trial, that a fugitive may have the manner in which the procedures are conducted in Canada and the conditions under which a fugitive is surrendered can invite *Charter* scrutiny. The pre-eminence of the Constitution must be recognized; the treaty, the extradition hearing in this country and the exercise of the executive discretion to surrender a fugitive must all conform to the requirements of the *Charter*, including the principles of fundamental justice.

Generally, there is nothing unjust in surrendering to a foreign country a person accused of having committed a crime there for trial in accordance with the ordinary procedures prevailing in that country, even though those procedures may not meet the specific constitutional requirements for trial in this country. But the courts may intervene if the executive's decision to surrender a fugitive would, in the particular circumstances of a case, violate the principles of fundamental justice. This is, however, a jurisdiction that must be exercised with caution. The discretion to make the decision to surrender is primarily that of the executive and this is an area where it is likely to be far better informed than the courts, and where the courts must be extremely circumspect so as to avoid interfering unduly in decisions that

États-Unis porte expressément que l'extradition ne doit pas être accordée «Lorsque l'individu dont l'extradition est demandée ou bien fait l'objet de poursuites ou bien a été jugé et acquitté ou puni, sur le territoire de l'État requis, pour l'infraction motivant la demande d'extradition». Si les parties avaient estimé que le double péril dans l'État requérant devait constituer un moyen de défense valable à une audience d'extradition, le traité en aurait fait mention puisque, de toute évidence, cette question était présente à leur esprit.

L'alinéa 11h) de la *Charte* ne s'applique pas à une audience d'extradition. Il ne fait pas de doute que les actes accomplis par le gouvernement du Canada en matière d'extradition, comme dans d'autres domaines, font l'objet de contrôle en vertu de la *Charte* (art. 32). La *Charte* ne s'applique toutefois pas aux actes d'un pays étranger. En particulier, on ne saurait donner à la *Charte* un effet qui la rendrait applicable à la conduite de procédures criminelles dans un pays étranger. L'article 11 se rapporte aux accusations portées par les gouvernements visés par l'art. 32 de la *Charte*. Une audience d'extradition ne tombe pas dans cette catégorie.

Il ne s'ensuit pas que la *Charte* est inapplicable à l'extradition. Bien que la procédure générale d'extradition constitue aux fins de l'article premier de la *Charte* une restriction raisonnable apportée au droit que peut avoir un fugitif de ne pas être extradé pour qu'il soit jugé, la manière dont les procédures se déroulent au Canada et les conditions dans lesquelles s'effectue la livraison d'un fugitif peuvent faire l'objet d'un examen en vertu de la *Charte*. On doit reconnaître la prééminence de la Constitution; le traité, l'audience d'extradition au Canada et l'exercice par l'exécutif de son pouvoir discrétionnaire d'extrader un fugitif doivent tous se conformer aux exigences de la *Charte*, y compris les principes de justice fondamentale.

D'une manière générale, il n'y a rien d'injuste à livrer à un pays étranger une personne accusée d'y avoir commis un crime pour qu'elle y soit jugée selon les procédures ordinaires en vigueur dans le pays en question, même si ces procédures ne remplissent pas les exigences constitutionnelles précises relatives aux procès dans notre pays. Mais les tribunaux peuvent intervenir si, dans les circonstances particulières d'une affaire, la décision de l'exécutif d'extrader un fugitif allait à l'encontre des principes de justice fondamentale. Cette compétence doit toutefois s'exercer avec prudence. Le pouvoir discrétionnaire de prendre la décision d'extrader appartient surtout à l'exécutif et il s'agit d'un domaine où l'exécutif sera vraisemblablement bien mieux renseigné que les tribunaux et où ces derniers doivent se

involve the good faith and honour of this country in its relations with other states. In a word, judicial intervention must be limited to cases of real substance. Finally, barring obvious or urgent circumstances, the courts should not ordinarily intervene before the executive has made an order of surrender.

In the case at bar, the surrender of the appellant did not constitute a breach of s. 7 of the *Charter*. The attempt by state authorities to enforce their own laws did not violate the principles of fundamental justice by reason only that the federal authorities, in attempting to enforce their laws, prosecuted her for an offence bearing some similarity to that for which the state prosecution was initiated. The two offences contain different elements, and different interests were involved with different prosecutorial authorities following their own paths. Therefore, there was nothing sufficiently oppressive in this situation to warrant refusing surrender on the basis that such prosecution, *ipso facto*, violates the principles of fundamental justice.

Per Lamer J.: The *Charter* does not govern the actions of a foreign country and, in particular, cannot govern how criminal proceedings in a foreign country are to be conducted. Therefore, the *Charter* should not, save special circumstances, be given extraterritorial effect by refusing to conduct a hearing or surrender a person on the grounds that the prospective trial in the foreign country would be in violation of its provisions. But the *Charter* does apply to the extradition proceedings taking place in Canada. These proceedings are in the nature of a preliminary inquiry and there is no reason why a person undergoing such an inquiry for the purpose of determining whether there is sufficient evidence to put that person on trial in a foreign country should be denied the protection that would be afforded that same person at his preliminary inquiry for a charge to be tried in a Canadian court. Thus, ss. 7 to 14 of the *Charter* are applicable to these proceedings in so far as they would apply to a preliminary inquiry.

The plea of *autrefois acquit*, whether raised under s. 11(h) or s. 7, is premature at the stage of the preliminary inquiry and should generally be raised at the trial. But this plea could be raised at the extradition hearing when the foreign country where the trial is to take place does not allow it, as in this case, between federal and state prosecutions. Here, however, appellant's plea of

montrer extrêmement circonspects afin d'éviter toute ingérence indue dans des décisions où il y va de la bonne foi et de l'honneur du Canada dans ses relations avec d'autres États. En un mot, l'intervention des tribunaux doit se limiter aux cas où cela s'impose réellement. ^a Finalement, à moins de circonstances criantes ou urgentes, les tribunaux ne devraient pas normalement intervenir avant que l'exécutif n'ait ordonné l'extradition.

En l'espèce, l'extradition de l'appelante ne viole pas ^b l'art. 7 de la *Charte*. La tentative par les autorités de l'État d'Ohio d'appliquer leurs propres lois ne constitue pas une atteinte aux principes de justice fondamentale du seul fait que les autorités fédérales, en essayant d'appliquer les lois fédérales, ont poursuivi l'appelante ^c pour une infraction assez semblable à celle qui fait l'objet des poursuites entamées par l'État. Les deux infractions comportent des éléments différents; les intérêts en jeu sont différents et il s'agit de poursuivants différents qui fonctionnent indépendamment les uns des autres. Par conséquent, il n'y a rien qui soit opprimant ^d au point de justifier que l'on refuse l'extradition pour le motif que de telles poursuites constituent *ipso facto* une entorse aux principes de justice fondamentale.

Le juge Lamer: La *Charte* ne s'applique pas aux actes ^e d'un pays étranger et, en particulier, elle est inapplicable à la conduite de procédures criminelles dans un pays étranger. Cela étant, on ne devrait pas, si ce n'est dans des circonstances spéciales, donner à la *Charte* un effet extra-territorial en refusant de mener une enquête ou de ^f livrer une personne pour le motif que le procès éventuel dans le pays étranger violerait ses dispositions. La *Charte* s'applique toutefois aux procédures d'extradition qui se déroulent au Canada. Ces procédures sont de la nature d'une enquête préliminaire et il n'existe aucune ^g raison pour laquelle une personne qui subit une telle enquête, dont l'objet est de déterminer s'il y a suffisamment de preuves pour la renvoyer à son procès dans un pays étranger, ne pourrait pas bénéficier de la protection qu'on lui accorderait à l'enquête préliminaire relative- ^h ment à une accusation en vue d'un procès devant un tribunal canadien. Donc, les art. 7 à 14 de la *Charte* s'appliquent à ces procédures dans la mesure où ils seraient applicables à une enquête préliminaire.

Le plaidoyer d'*autrefois acquit*, qu'il soit soulevé en ⁱ vertu de l'al. 11h) ou de l'art. 7, est prématuré au stade de l'enquête préliminaire et devrait généralement être soulevé au procès. Mais l'*autrefois acquit* pourrait être soulevé à l'audience d'extradition lorsque le pays étranger où le procès doit avoir lieu n'accepte pas ce plaidoyer à l'égard de décisions, comme en l'espèce, rendues dans ^j des poursuites au niveau fédéral et au niveau des États. Ici, cependant, le plaidoyer d'*autrefois acquit* soulevé

autrefois acquit could not succeed because the two offences involve quite different elements.

Per Wilson J.: A Canadian citizen who is the subject of extradition proceedings in Canada is entitled to the benefit of the *Charter* in those proceedings. *Charter* rights are enshrined in our Constitution as part of the supreme law of Canada and must be recognized and given effect in any judicial proceeding in Canada unless a reasonable limit justified under s. 1 has been imposed upon them. Although the recognition of *Charter* rights in the extradition proceedings in Canada may have repercussions abroad, it does not give extraterritorial effect to the *Charter* and does not constitute an interference with the processes of the foreign court. In the present case, appellant was entitled to plead ss. 7 and 11(h) as a defence to the extradition court's grant of an order committing her to prison to await the decision of the executive branch of government whether or not to surrender. But she failed to demonstrate that the federal and the state offences were the same offence, and thus failed to establish that her *Charter* rights would have been violated if the order sought by the respondents was made.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385; *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959); *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228; *Re Burley* (1865), 1 C.L.J. 34; *Atkinson v. United States of America Government*, [1971] A.C. 197; *Re Windsor* (1865), 6 B. & S. 522, 122 E.R. 1288; *Re Collins (No. 3)* (1905), 10 C.C.C. 80; *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278; *R. v. Heit* (1984), 11 C.C.C. (3d) 97; *Re Ryan*, 360 F. Supp. 270 (1973); *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611; *Holmes v. Laird*, 459 F.2d 1211 (D.C. Cir. 1972), *certiorari* denied 409 U.S. 869; *Gallina v. Fraser*, 177 F. Supp. 856 (D. Conn. 1959), *aff'd* 278 F.2d 77 (2d Cir. 1960), *certiorari* denied 364 U.S. 851; *Neely v. Henkel (No. 1)*, 180 U.S. 109 (1901); *Re Arton*, [1896] 1 Q.B. 108; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *R. v. Chiasson* (1982), 135 D.L.R. (3d) 499 (N.B.C.A.), *aff'd* [1984] 1 S.C.R. 266; *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377 (1922); *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959).

par l'appelante doit échouer parce que les deux infractions en question comportent des éléments bien différents.

Le juge Wilson: Un citoyen canadien qui fait l'objet de procédures d'extradition au Canada peut bénéficier de la protection de la *Charte* dans le cadre de ces procédures. Les droits conférés par la *Charte* sont inscrits dans notre Constitution; ils font ainsi partie intégrante de la loi fondamentale du Canada et doivent être reconnus et recevoir effet dans toute instance judiciaire se déroulant au Canada, à moins qu'une restriction raisonnable, justifiée en vertu de l'article premier, ne les limite. Certes, le fait de reconnaître l'application des droits conférés par la *Charte* dans les procédures d'extradition canadiennes peut avoir des répercussions à l'étranger, mais cela n'équivaut pas à donner un effet extra-territorial à la *Charte* ni ne constitue une ingérence dans les voies de droit d'un tribunal étranger. En l'espèce, l'appelante avait le droit d'invoquer l'art. 7 et l'al. 11(h) comme moyen de défense contre la délivrance par le tribunal d'extradition d'une ordonnance de détention en attendant la décision de l'exécutif du gouvernement sur l'extradition. N'ayant cependant pas prouvé que l'infraction fédérale et celle de l'État étaient identiques, elle n'est pas parvenue non plus à démontrer qu'il y aurait eu violation des droits que lui conférerait la *Charte* si l'ordonnance que recherchaient les intimés avait été rendue.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385; *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959); *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228; *Re Burley* (1865), 1 C.L.J. 34; *Atkinson v. United States of America Government*, [1971] A.C. 197; *Re Windsor* (1865), 6 B. & S. 522, 122 E.R. 1288; *Re Collins (No. 3)* (1905), 10 C.C.C. 80; *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278; *R. v. Heit* (1984), 11 C.C.C. (3d) 97; *Re Ryan*, 360 F. Supp. 270 (1973); *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611; *Holmes v. Laird*, 459 F.2d 1211 (D.C. Cir. 1972), *certiorari* refusé 409 U.S. 869; *Gallina v. Fraser*, 177 F. Supp. 856 (D. Conn. 1959), *conf.* 278 F.2d 77 (2d Cir. 1960), *certiorari* refusé 364 U.S. 851; *Neely v. Henkel (No. 1)*, 180 U.S. 109 (1901); *Re Arton*, [1896] 1 Q.B. 108; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *R. v. Chiasson* (1982), 135 D.L.R. (3d) 499 (C.A.N.-B.), *conf.* [1984] 1 R.C.S. 266; *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377 (1922); *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959).

By Lamer J.

Referred to: *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480.

By Wilson J.

Referred to: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480.

Statutes and Regulations Cited

18 *United States Code*, s. 1201.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6, 7, 8, 9, 10, 11(d), (e), (f), (h), 12, 13, 14, 15, 32.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 535, 719(5) [previously s. 691 (en. 1964-65, c. 53)].
Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 3, 13, 18.
Extradition Act, 1870 (U.K.), 33 & 34 Vict., c. 52.
 Extradition Agreement Between Canada and Israel, March 10, 1967, Can. T.S. 1969 No. 25, art. 4.
 Extradition Treaty Between Canada and the United States of America, December 3, 1971, Can. T.S. 1976 No. 3, art. 2, 4(1)(i), 8.
 Ohio Rev. Code Ann., s. 2905.04.
Supreme Court Act, R.S.C. 1952, c. 259, ss. 57, 58.
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 40 [am. 1974-75-76, c. 18, s. 4].

Authors Cited

Clarke, Sir Edward. *A Treatise Upon the Law of Extradition*, 4th ed. London: Stevens & Haynes, 1903.
 La Forest, Gérard Vincent. *Extradition To and From Canada*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1977.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1984), 44 O.R. (2d) 777, 7 D.L.R. (4th) 95, 10 C.C.C. (3d) 564, 2 O.A.C. 336, dismissing appellant's appeal from an order of Steele J. (1983), 41 O.R. (2d) 399, 147 D.L.R. (3d) 616, 4 C.C.C. (3d) 409, 4 C.R.R. 323, dismissing her application for *habeas corpus*. Appeal dismissed.

Jack L. Pinkofsky and Stephen Kwinter, for the appellant.

Douglas J. A. Rutherford, Q.C., and *Michael C. Blanchflower*, for the respondents.

Citée par le juge Lamer

Arrêt mentionné: *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480.

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480.

Lois et règlements cités

18 *United States Code*, art. 1201.
 Accord d'extradition entre le Canada et Israël, 10 mars 1967, R.T. can. 1969 n° 25, art. 4.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6, 7, 8, 9, 10, 11(d), (e), (f), (h), 12, 13, 14, 15, 32.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 535, 719(5) [antérieurement art. 691 (aj. 1964-65, chap. 53)].
Extradition Act, 1870 (R.-U.), 33 & 34 Vict., chap. 52.
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1952, chap. 259, art. 57, 58.
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 40 [mod. 1974-75-76, chap. 18, art. 4].
Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 3, 13, 18.
 Ohio Rev. Code Ann., art. 2905.04.
 Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, 3 décembre 1971, R.T. can. 1976 n° 3, art. 2, 4(1)(i), 8.

Doctrine citée

Clarke, Sir Edward. *A Treatise Upon the Law of Extradition*, 4th ed. London: Stevens & Haynes, 1903.
 La Forest, Gérard Vincent. *Extradition To and From Canada*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1984), 44 O.R. (2d) 777, 7 D.L.R. (4th) 95, 10 C.C.C. (3d) 564, 2 O.A.C. 336, rejetant l'appel interjeté par l'appelante contre une ordonnance du juge Steele (1983), 41 O.R. (2d) 399, 147 D.L.R. (3d) 616, 4 C.C.C. (3d) 409, 4 C.R.R. 323, qui avait rejeté sa demande d'*habeas corpus*. Pourvoi rejeté.

Jack L. Pinkofsky et Stephen Kwinter, pour l'appelante.

Douglas J. A. Rutherford, c.r., et *Michael C. Blanchflower*, pour les intimés.

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

LA FOREST J.—The appellant, Helen Susan Schmidt, resists extradition to the United States on a charge of child stealing contrary to the law of the State of Ohio on the ground that she was acquitted in respect of the same activity of a charge of kidnapping under federal law of the United States. This she claims violates her rights under ss. 7 and 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as well as the provisions of the Canada-United States extradition treaty; see *Canada Treaty Series 1976*, No. 3. This defence was rejected by the extradition judge, the judge who reviewed the case on *habeas corpus* and the Ontario Court of Appeal. From the latter judgment, she was given leave to appeal to this Court.

Facts

On August 28, 1980, Schmidt, with the assistance of her son, Charles Gress, and a friend of his, Paul Hildebrand, is alleged to have abducted a two-year old girl, Denise Gravely, from a Cleveland sidewalk. Schmidt took the child with her to New York State, where she kept her for almost two years, raising her as her daughter. In the interim, the child's father committed suicide, allegedly as a result of his inability to discover his child's whereabouts.

On March 22, 1982, Schmidt attended a family reunion in Buffalo, New York, accompanied by Denise. Another son of hers, Donald Gress, was also at the reunion. By sheer coincidence, Donald Gress not only came from Cleveland but knew the child's parents and had helped to search for her after her abduction. Following the reunion, he told Cleveland police of Denise's whereabouts and she was returned to her mother on March 26, 1982.

Following her arrest, Schmidt was charged with the federal offence of kidnapping and the state offence of child-stealing. Grand juries returned

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

a LE JUGE LA FOREST—L'appelante, Helen Susan Schmidt, s'oppose à son extradition aux États-Unis pour y répondre à une accusation d'avoir enfreint la loi de l'État d'Ohio en commettant un vol d'enfant parce qu'elle a déjà été acquittée relativement à une accusation d'enlèvement fondée sur le même acte et portée en vertu de la loi fédérale américaine. L'extradition, prétend-elle, constitue une violation à la fois des droits que lui confèrent l'art. 7 et l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des dispositions du traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis: voir *Recueil des traités du Canada 1976*, n° 3. Le juge d'extradition, le juge saisi de la demande d'*habeas corpus* et la Cour d'appel de l'Ontario ont tous écarté ce moyen de défense. L'appelante a reçu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour contre l'arrêt de la Cour d'appel.

e Les faits

On reproche à Schmidt d'avoir, le 28 août 1980, avec l'aide de son fils Charles Gress et de Paul Hildebrand, un ami de celui-ci, enlevé sur un trottoir de Cleveland une fillette de deux ans qui s'appelait Denise Gravely. Schmidt a amené l'enfant avec elle dans l'État de New York où elle l'a gardée pendant presque deux ans et l'a élevée comme sa propre fille. Dans l'intervalle, le père de l'enfant s'est suicidé parce que il n'aurait pu découvrir où se trouvait son enfant.

h Le 22 mars 1982, Schmidt, accompagnée de Denise, a assisté à une réunion de famille à Buffalo (New York). Un autre de ses fils, Donald Gress, y était également présent. Or, par hasard, non seulement Donald Gress venait de Cleveland mais il connaissait les parents de l'enfant et avait aidé à la chercher après son rapt. À la suite de la réunion, il a informé la police de Cleveland de l'endroit où était Denise qui a été rendue à sa mère le 26 mars 1982.

i Après son arrestation, Schmidt a été accusée de l'infraction fédérale d'enlèvement et de l'infraction de vol d'enfant prévue par la loi de l'État d'Ohio.

indictments on both charges, on March 29, 1982 on the state charge and on March 31, 1982 on the federal charge.

The two charges have some similarities but they also have important differences. The federal offence under the *United States Code*, Title 18 reads:

§ 1201. Kidnapping

(a) Whoever unlawfully seizes, confines, inveigles, decoys, kidnaps, abducts, or carries away and holds for ransom or reward or otherwise any person, except in the case of a minor by the parent thereof, when:

- (1) the person is willfully transported in interstate or foreign commerce;
- (2) any such act against the person is done within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States;
- (3) any such act against the person is done within the special aircraft jurisdiction of the United States as defined in section 101(36) of the Federal Aviation Act of 1958, as amended (49 U.S.C. 1301(36)); or
- (4) the person is a foreign official, an internationally protected person, or an official guest as those terms are defined in section 1116(b) of this title,

shall be punished by imprisonment for any term of years or for life.

The offence under the *Revised Code of Ohio* reads:

§ 2905.04—Child Stealing

(A) No person, by any means, and with purpose to withhold a child under the age of fourteen or mentally incompetent from the legal custody of his parent, guardian or custodian, shall remove such child from the place where he is found.

(B) It is an affirmative defense to a charge under this section that the actor reasonably believed that his conduct was necessary to preserve the child's health or welfare.

On July 26, 1982, Schmidt was tried on the federal charge by a judge and jury. She admitted the abduction, but contended that she had taken part in it in the belief that Denise was the illegiti-

Des grands jurys ont porté des accusations d'acte criminel dans les deux cas, soit le 29 mars 1982 dans le cas de l'accusation de l'État et le 31 mars 1982 dans le cas de l'accusation fédérale.

Bien que les deux accusations se ressemblent à certains égards, il y a des différences importantes entre les deux. L'infraction fédérale prévue par le *United States Code*, Titre 18, est ainsi conçue:

[TRADUCTION] § 1201. Enlèvement

a) Se rend passible d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité quiconque, sauf les parents dans le cas d'un mineur, saisit, séquestre, enjôle, leurre, kidnappe, enlève ou ravit une personne et la détient, que ce soit ou non en vue de rançon ou de récompense, dans une situation où:

- (1) la personne en question est volontairement transportée dans le commerce entre États ou étranger;
- (2) l'acte en question est commis à un endroit qui relève de la compétence spéciale maritime et territoriale des États-Unis;
- (3) l'acte en question est commis à un endroit qui relève de la compétence spéciale des États-Unis relative aux aéronefs, selon la définition qu'en donne le paragraphe 101(36) de la Federal Aviation Act de 1958, et modifications (49 U.S.C. 1301(36)); ou
- (4) la personne en question est un fonctionnaire étranger, une personne jouissant d'une protection en droit international ou un invité officiel, selon la définition donnée à ces termes par l'alinéa 1116b) du présent titre.

Dans le *Revised Code of Ohio*, l'infraction est ainsi formulée:

[TRADUCTION] § 2905.04—Vol d'enfant

(A) Nul ne doit, par quelque moyen que ce soit, avec l'intention d'en priver le père, la mère, le tuteur ou toute autre personne en ayant la garde légale, enlever de l'endroit où il se trouve un enfant âgé de moins de 14 ans ou atteint d'incapacité mentale.

(B) Si l'auteur de l'acte a eu des motifs raisonnables de croire que sa conduite était nécessaire pour la santé ou le bien-être de l'enfant, cela constitue un moyen de défense opposable à une accusation fondée sur le présent article.

Le 26 juillet 1982, Schmidt a subi son procès relativement à l'accusation fédérale devant un juge et un jury. Elle a reconnu que le rapt avait eu lieu, mais a prétendu y avoir participé parce qu'elle

mate daughter of her son Donald Gress, and that she had been abandoned by her father and was living with her natural mother "in a home of ill repute". On July 30, 1982, the jury found Schmidt not guilty and she was acquitted.

On August 6, 1982, while the state offence of child-stealing was still pending, Schmidt, who is a Canadian citizen, left the United States and came to Canada. She was arrested in Kirkland Lake, Ontario on August 30, 1982 and extradition proceedings against her were begun pursuant to the Canada-United States extradition treaty.

I should add that Schmidt's counsel argues that if Schmidt is returned to Ohio, she will not have the benefit of raising her previous federal prosecution in bar of her prosecution under state law. While under the Fifth Amendment of the Constitution of the United States, a person is protected from double jeopardy against federal prosecutions, that provision does not apply to the states although at some point the cruelty of harassment by multiple prosecutions by a state would violate the due process clause of the Fourteenth Amendment: see *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959). It is clear, however, that the Fourteenth Amendment does not automatically protect an individual from being prosecuted under a state law although the accused was earlier tried and acquitted of an offence under federal law. Thus in *Bartkus v. Illinois*, *supra*, the accused was tried and acquitted under a federal law of robbing a federally insured bank. He was later tried and convicted on substantially the same evidence in an Illinois state court for violating an Illinois robbery statute. On an action to test the constitutionality of the second prosecution, the Supreme Court of the United States held that the Illinois prosecution did not violate the due process clause.

croyait que Denise était la fille illégitime de son fils Donald Gress et que, abandonnée par celui-ci, la fillette vivait avec sa mère naturelle [TRADUCTION] «dans une maison mal famée». Le 30 juillet 1982, le jury a déclaré Schmidt non coupable et elle a été acquittée.

Le 6 août 1982, alors que l'accusation de vol d'enfant portée en vertu de la loi de l'État d'Ohio était toujours en attente, Schmidt, qui est citoyenne canadienne, a quitté les États-Unis et est venue au Canada. Elle a été arrêtée à Kirkland Lake (Ontario) le 30 août 1982 et des procédures d'extradition ont été engagées contre elle en vertu du traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis.

Je dois ajouter que l'avocat de Schmidt fait valoir que, si cette dernière est renvoyée en Ohio, elle n'aura pas l'avantage de pouvoir opposer aux poursuites entamées en vertu de la loi de l'État, les poursuites fédérales antérieures dont elle a fait l'objet. Bien que le Cinquième amendement de la Constitution des États-Unis protège un accusé contre le double péril dans le cas de poursuites fédérales, cette disposition ne s'applique pas aux États, quoique, à un moment donné, la cruauté du harcèlement que constituent les poursuites multiples intentées par un État enfreindrait la clause du Quatorzième amendement relative au caractère équitable des procédures: voir *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959). Il est toutefois évident que le Quatorzième amendement n'offre pas une protection automatique contre des poursuites en vertu d'une loi d'un État, même si l'accusé a déjà été jugé et acquitté relativement à une infraction prévue par une loi fédérale. Ainsi, dans l'affaire *Bartkus v. Illinois*, précitée, l'accusé avait été jugé et acquitté relativement à l'infraction fédérale d'avoir volé une banque assurée sous le régime d'une loi fédérale. Il a par la suite subi son procès devant un tribunal de l'État d'Illinois pour avoir enfreint une loi de cet État portant sur le vol qualifié et, sur la foi d'essentiellement des mêmes éléments de preuve, a été reconnu coupable. Dans une action contestant la constitutionnalité du second procès, la Cour suprême des États-Unis a conclu que les poursuites intentées par l'État d'Illinois ne violaient pas la clause relative au caractère équitable des procédures.

The Courts Below

At the extradition hearing, Collins Dist. Ct. J., having found that the requirements of the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21, had been met, considered whether s. 11(h) of the *Charter* would be violated by an order committing Schmidt to prison to await the Government's decision on the request for her surrender. He held, however, that the *Charter* only applied within the boundaries of Canada. He also noted that it had already been held in *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385 (Ont. C.A.) that the extradition process itself was a reasonable limit on the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. Finally, he refused to consider the common law plea of *autrefois acquit* or the American doctrine of double jeopardy on the ground that they were not within the scope of his jurisdiction as an extradition judge. Accordingly, he ordered Schmidt's committal for surrender to the United States.

In a proceeding on a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid before Steele J. (1983), 41 O.R. (2d) 399, 147 D.L.R. (3d) 616, 4 C.C.C. (3d) 409, 4 C.R.R. 323, Schmidt's principal argument was that she should not have been committed because such committal violated the principle of *autrefois acquit*, either under the *Charter* or at common law.

Steele J. held that at common law and under the *Extradition Act*, Schmidt was not entitled to plead *autrefois acquit*. Section 3 of the Act, he noted, incorporates the extradition treaty, article 2 of which provides that extradition is to be ordered for certain named offences that are offences in both the requesting and the requested State. He pointed out that no defences are provided for. In his opinion, the fact that a defence might be raised to a charge in Canada is not a valid reason for refusing extradition. Indeed, since article 4(1)(i) of the treaty provides that extradition is not to be ordered where a fugitive has been previously tried in the requested state, the raising of *autrefois acquit* or *convict* where the fugitive has been tried in the requesting state is implicitly ruled out. In any

Les tribunaux d'instance inférieure

À l'audience d'extradition, le juge Collins de la Cour de district, ayant conclu qu'on avait satisfait aux exigences de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21, a examiné si ce serait une violation de l'al. 11h) de la *Charte* que de rendre une ordonnance prévoyant la détention de Schmidt en attendant que le gouvernement statue sur la demande d'extradition. Le juge Collins a conclu cependant que la *Charte* ne s'appliquait qu'à l'intérieur du Canada. Il a fait remarquer en outre qu'on avait déjà établi dans l'arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Ont.), que le processus d'extradition lui-même constituait une restriction raisonnable aux droits et libertés garantis par la *Charte*. Finalement, il a refusé d'examiner le plaidoyer de *common law* d'*autrefois acquit* ou le principe américain du double péril parce que, selon lui, ces moyens de défense ne relevaient pas de sa compétence en tant que juge d'extradition. Par conséquent, il a ordonné que Schmidt soit détenue en vue de son extradition aux États-Unis.

Dans une demande de bref d'*habeas corpus* assorti d'un *certiorari*, présentée au juge Steele (1983), 41 O.R. (2d) 399, 147 D.L.R. (3d) 616, 4 C.C.C. (3d) 409, 4 C.R.R. 323, Schmidt a soutenu principalement qu'elle n'aurait pas dû être incarcérée parce que cela violait le principe d'*autrefois acquit*, consacré dans la *Charte* et dans la *common law*.

Le juge Steele a conclu que ni la *common law* ni la *Loi sur l'extradition* n'autorisaient Schmidt à plaider la défense d'*autrefois acquit*. L'article 3 de la Loi, a-t-il souligné, incorpore le traité d'extradition, dont l'article 2 dispose que l'extradition doit être ordonnée à l'égard de certaines infractions nommées qui sont des infractions aussi bien dans l'État requérant que dans l'État requis. Le juge Steele a fait remarquer qu'aucun moyen de défense n'est prévu. À son avis, la possibilité qui peut exister au Canada d'opposer un moyen de défense à une accusation donnée ne justifie aucunement que l'extradition soit refusée. De fait, puisque le sous-alinéa 4(1)(i) du traité dit que l'extradition ne doit pas être ordonnée lorsqu'un fugitif a déjà été jugé dans l'État requis, le recours aux

event, federal and state charges in this case differed from one another and the defence, therefore, had no application.

As to the *Charter*, *Rauca*, *supra*, having already determined that extradition was a reasonable infringement on the right to remain in Canada, any argument that specific aspects of extradition are contrary to the *Charter* were, in Steele J.'s opinion, ruled out. "[I]f the *Extradition Act* is a proper infringement upon the rights of the individual to remain in Canada, then I do not see how the details of whatever rights there may be within the *Extradition Act* can be overridden by the provisions of the *Charter*."

Finally, he held that because an extradition judge has the same powers as a magistrate on a preliminary inquiry, *autrefois acquit*, as a defence on the merits, could only be raised at trial, and consequently could not properly be raised before an extradition judge any more than before a magistrate on a preliminary inquiry.

In the Ontario Court of Appeal (1984), 44 O.R. (2d) 777, 7 D.L.R. (4th) 95, 10 C.C.C. (3d) 564, 2 O.A.C. 336, Lacourcière J.A. held that the statutory plea of *autrefois acquit* under s. 535 of the *Criminal Code* was not available at an extradition hearing. Under s. 13 of the *Extradition Act*, the extradition judge has the same powers as a justice at a preliminary inquiry. The powers of a justice under Part XV of the *Code* are statutory, and do not include the authority to entertain special pleas. The special plea of *autrefois acquit* could only be raised on arraignment for an indictable offence under Part XVII of the *Code* and not at a preliminary inquiry or an extradition hearing. Nor, he held, could a common law plea in the nature of *res judicata* or issue estoppel be raised. Such pleas are

défenses d'autrefois acquit ou convict est implicitement écarté si le fugitif a été jugé dans l'État requérant. En tout état de cause, les accusations portées en vertu de la loi fédérale et de la loi de l'État en l'espèce étaient différentes l'une de l'autre et, en conséquence, ces moyens de défense ne s'appliquaient pas.

En ce qui concerne la *Charte*, étant donné que l'arrêt *Rauca*, précité, avait déjà établi que l'extradition constituait une atteinte raisonnable au droit de rester au Canada, tout argument selon lequel certains aspects précis de l'extradition sont contraires de la *Charte* est, de l'avis du juge Steele, dès lors insoutenable. [TRADUCTION] «Si la *Loi sur l'extradition* constitue une restriction légitime des droits qu'a une personne de rester au Canada, alors je ne vois pas en quoi les dispositions de la *Charte* peuvent l'emporter sur les droits précis, quels qu'ils soient, conférés par la *Loi sur l'extradition*.»

En dernier lieu, le juge Steele a conclu que, parce qu'un juge d'extradition détient les mêmes pouvoirs qu'un magistrat qui préside une enquête préliminaire, le plaidoyer d'autrefois acquit comme moyen de défense au fond ne pourrait être soulevé qu'au procès et, par conséquent, ne pourrait être invoqué à bon droit devant un juge d'extradition, pas plus qu'il ne le pourrait devant un magistrat au cours d'une enquête préliminaire.

En Cour d'appel de l'Ontario (1984), 44 O.R. (2d) 777, 7 D.L.R. (4th) 95, 10 C.C.C. (3d) 564, 2 O.A.C. 336, le juge Lacourcière a dit qu'on ne pouvait avoir recours au plaidoyer d'autrefois acquit prévu par l'art. 535 du *Code criminel* à une audience d'extradition. Suivant l'art. 13 de la *Loi sur l'extradition*, le juge d'extradition jouit des mêmes pouvoirs qu'un juge de paix à l'enquête préliminaire. Or, les pouvoirs dont la partie XV du *Code* investit un juge de paix découlent de la loi et ne comprennent pas celui d'admettre des moyens de défense spéciaux. Le moyen de défense spécial d'autrefois acquit ne peut être soulevé que si l'on est traduit devant les tribunaux pour un acte criminel relevant de la partie XVII du *Code* et non à une enquête préliminaire ni à une audience d'extradition. On ne peut pas non plus, a-t-il décidé, recourir à un plaidoyer de *common law* tel que

defences on the merits, also to be dealt with at trial.

Lacourcière J.A. held that it was possible that article 8 of the treaty, which acknowledged the right of a fugitive to all remedies and recourses provided by the law of the requested state, permitted the raising of a *Charter* issue. However, he did not find it necessary to decide the point since in his view, the federal and state offences in this case were not the same, and Schmidt therefore had not been acquitted of "the offence" as required by s. 11(h) of the *Charter*.

The appeal was, therefore, dismissed. Leave was then granted to appeal to this Court, [1984] 1 S.C.R. xiii.

Jurisdiction of this Court

Before addressing the substantive issues raised by the appellant, it is first necessary to consider an issue raised by the respondent, namely, whether this Court has jurisdiction to hear the appeal. This issue arises out of the fact that there is an apparent conflict between s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, as amended, and s. 719(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

Taken by itself, s. 40 of the *Supreme Court Act* makes it clear that no appeal lies in *habeas corpus* proceedings in extradition matters. It reads:

40. No appeal to the Supreme Court lies under section 38 or 39 from a judgment in a criminal cause, in proceedings for or upon a writ of *habeas corpus*, *certiorari* or prohibition arising out of a criminal charge, or in proceedings for or upon a writ of *habeas corpus* arising out of a claim for extradition made under a treaty. [Emphasis added.]

In *Re Lazier* (1899), 29 S.C.R. 630, this Court held that, by virtue of the forerunner of this provision, the Court lacked jurisdiction to entertain an appeal from *habeas corpus* proceedings in an extradition matter. As here, the attempted appeal was from a provincial court of appeal: see

l'autorité de la chose jugée ou l'irrecevabilité. Ces plaidoyers sont des moyens de défense au fond qui, à ce titre, sont à examiner au procès.

^a D'après le juge Lacourcière, il est possible que l'article 8 du traité, qui reconnaît le droit d'un fugitif à tous les recours prévus par la loi de l'État requis, permette d'invoquer la *Charte*. Il n'a toutefois pas jugé nécessaire de trancher ce point puisque, à son avis, les infractions à la loi fédérale et à la loi de l'État d'Ohio en l'espèce n'étaient pas les mêmes. Il s'ensuivait donc que Schmidt n'avait pas été acquittée relativement à «[l']infraction», conformément à l'exigence posée par l'al. 11h) de la *Charte*.

Par conséquent, l'appel a été rejeté et l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour accordée, [1984] 1 R.C.S. xiii.

Compétence de cette Cour

^d Avant d'aborder les questions de fond soulevées par l'appelante, il est nécessaire de se pencher sur une question posée par l'intimée: celle de savoir si cette Cour a compétence pour entendre le pourvoi. Cette question découle de l'existence d'un conflit apparent entre l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19 et modifications, et le par. 719(5) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34.

Pris isolément, l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* dit clairement qu'en matière d'extradition il n'y a aucune possibilité d'appel dans des procédures d'*habeas corpus*. L'article 40 est ainsi conçu:

^e 40. Nul appel à la Cour suprême ne peut être interjeté conformément à l'article 38 ou 39, d'un jugement dans une cause au criminel, dans des procédures pour un bref d'*habeas corpus*, *certiorari* ou prohibition découlant d'une accusation au criminel, ou sur un tel bref, ou dans des procédures pour un bref d'*habeas corpus* résultant d'une demande d'extradition faite aux termes d'un traité, ou sur ce dernier bref. [C'est moi qui souligne.]

^h Dans l'arrêt *Re Lazier* (1899), 29 R.C.S. 630, cette Cour a conclu que, en raison du précurseur de cet article, la Cour n'avait pas compétence pour entendre un pourvoi interjeté dans le cadre de procédures d'*habeas corpus* dans une affaire d'extradition. Comme c'est le cas en l'espèce, il s'agis-

also *Gaynor and Greene v. United States of America* (1905), 36 S.C.R. 247, at p. 249.

In 1965, however, s. 719 of the *Criminal Code* was enacted (S.C. 1964-65, c. 53). It provided for appeals from decisions in proceedings involving extraordinary remedies and, in particular, under s. 719(5) from a judgment in a *habeas corpus* proceeding to a provincial court of appeal and thence to this Court. Section 719(5) reads:

(5) Where a judgment is issued on the return of a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, an appeal therefrom lies to the court of appeal, and from a judgment of the court of appeal to the Supreme Court of Canada, with the leave of that court, at the instance of the applicant or the Attorney General of the province concerned or the Attorney General of Canada, but not at the instance of any other party.

To understand the interrelationship of the two provisions, it is essential to examine their history. When the precursor of s. 40 was passed, Parliament was then guided by a general policy of preventing prolonged litigation in criminal matters by restricting appeals. For many years Parliament made no provision for appeals from *habeas corpus* proceedings to provincial courts of appeal, though appeals to the Supreme Court were, in some circumstances, possible (see *Supreme Court Act*, R.S.C. 1952, c. 259, ss. 57 and 58). The policy appears to have been particularly marked in relation to extradition matters; see *Gaynor and Greene, supra*, at p. 249, and the predecessors of s. 40 of the *Supreme Court Act* ensured that such appeals could not be entertained in the Supreme Court either.

There were instances, however, where provincial courts of appeal overlooked the fact that there was no provision for appeal from *habeas corpus* hearings in extradition matters; see, for example, in Ontario, *Re Low* (1932), 41 O.W.N. 468, and in Quebec, *Ecrement v. Séguin* (1921), 39 C.C.C.

sait d'une tentative de porter en appel un arrêt d'une cour d'appel provinciale: voir aussi l'arrêt *Gaynor and Greene v. United States of America* (1905), 36 R.C.S. 247, à la p. 249.

^a En 1965, cependant, l'art. 719 du *Code criminel* a été adopté (S.C. 1964-65, chap. 53). Cet article prévoyait des appels de décisions rendues dans des procédures où il était question de recours extraordinaires et, en particulier, il prévoyait à son par. 719(5) un appel devant une cour d'appel provinciale et, de là, devant cette Cour, d'un jugement rendu dans une procédure d'*habeas corpus*. Voici le texte du par. 719(5):

^b (5) Lorsqu'un jugement est délivré au moment du rapport d'un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*, il peut en être interjeté appel à la cour d'appel et il y a appel d'un jugement de cette dernière cour à la Cour suprême du Canada, si cette cour l'autorise, à l'instance du demandeur ou du procureur général de la province en cause ou du procureur général du Canada, mais non à l'instance de quelque autre partie.

^c Pour comprendre l'interdépendance des deux dispositions, il est essentiel d'en faire l'historique. À l'époque de l'adoption de la disposition antérieure à l'art. 40, le législateur était alors guidé par une politique générale visant à éviter, en limitant les pourvois, des litiges démesurément longs en matière criminelle. Pendant bien des années, le législateur ne prévoyait pas d'appel devant les cours d'appel provinciales en matière d'*habeas corpus*, bien qu'il fût possible dans certaines circonstances d'interjeter appel devant la Cour suprême (voir *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1952, chap. 259, art. 57 et 58). Cette politique paraît avoir été suivie d'une façon particulièrement rigoureuse dans les affaires d'extradition: voir l'affaire *Gaynor and Greene*, précitée, à la p. 249; et, grâce aux dispositions antérieures à l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, de tels appels ne pouvaient pas non plus être portés devant la Cour suprême.

^d Il était toutefois des cas où les cours d'appel provinciales ne tenaient pas compte de l'absence de disposition permettant d'interjeter appel en matière d'*habeas corpus* dans des affaires d'extradition; voir, par exemple, la décision ontarienne *Re Low* (1932), 41 O.W.N. 468, ainsi que la décision

113. In *Re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526, however, this Court made it clear that there was no appeal to these courts from a decision on *habeas corpus*, but it was only later that this ruling was applied to extradition cases: see *Re Wattebled* (1952), 106 C.C.C. 200 (Que. C.A.); *Re Johnston and Shane* (1959), 18 D.L.R. (2d) 102 (Ont. C.A.)

Over the past several decades, however, Parliamentary attitude towards criminal appeals has changed, and such appeals have been provided on a much more extended basis. The right of the Crown to appeal against an acquittal is an example. More specifically, three years after the last mentioned case, *Johnston and Shane*, was decided, in November 1962 a Bill was introduced in the House of Commons to provide an appeal from *habeas corpus* proceedings. Provisions of this Bill, as amended, now appear in s. 719 of the *Criminal Code*. Given that the recent cases holding that there was no appeal from *habeas corpus* proceedings were extradition cases, and given that *habeas corpus* was the only means of reviewing extradition cases, it is reasonable to assume that appeals from judgments in *habeas corpus* in extradition cases were intended to be comprised in s. 719.

This development was traced by the Ontario Court of Appeal in *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, *supra*, which concluded its examination of this issue with the following passage, at p. 396:

Having regard to the history of the amendment of the *Code*, we think it is clear that s. 719 was intended to give a general right of appeal in *habeas corpus* proceedings, including proceedings upon a writ of *habeas corpus* arising out of a claim for extradition, and is not restricted to *habeas corpus* proceedings under the *Criminal Code*. We hold, therefore, that the appellant has the right to appeal to this court.

québécoise *Ecrement v. Séguin* (1921), 39 C.C.C. 113. Dans l'arrêt *Re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526, cependant, cette Cour a bien précisé qu'aucun appel d'une décision en matière d'*habeas corpus* n'était possible devant ces tribunaux, mais ce n'est qu'ultérieurement que cet arrêt a été appliqué à des affaires d'extradition: voir *Re Wattebled* (1952), 106 C.C.C. 200 (C.A. Qué.); *Re Johnston and Shane* (1959), 18 D.L.R. (2d) 102 (C.A. Ont.)

Au cours des dernières décennies, toutefois, l'attitude du législateur face aux appels criminels a changé et de tels appels sont prévus dans un beaucoup plus grand nombre de cas. Le droit du ministère public d'interjeter appel d'un acquittement en est un exemple. Plus particulièrement, en novembre 1962, soit trois ans après l'arrêt *Johnston and Shane*, le dernier susmentionné, on a déposé à la Chambre des communes un projet de loi visant à autoriser les appels dans les procédures d'*habeas corpus*. On trouve maintenant à l'art. 719 du *Code criminel* des dispositions de ce projet de loi modifié. Étant donné que les décisions récentes établissant qu'il n'y a aucun droit d'appel en matière d'*habeas corpus* portent toutes sur l'extradition, et étant donné que l'*habeas corpus* est le seul moyen de révision en matière d'extradition, il est raisonnable de supposer que l'art. 719 est censé comprendre les appels de jugements en matière d'*habeas corpus* rendus dans des affaires d'extradition.

Cette évolution a été exposée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, précité, qui a terminé son étude de cette question par le passage suivant, à la p. 396:

[TRADUCTION] Eu égard à l'évolution qu'a suivie la modification du *Code*, nous estimons qu'il est clair que l'art. 719 était destiné à conférer un droit général d'appel dans les procédures d'*habeas corpus*, y compris celles découlant d'une demande d'extradition, et que ce droit ne se limite pas aux procédures d'*habeas corpus* engagées en vertu du *Code criminel*. Nous concluons en conséquence que l'appelante a le droit d'interjeter appel devant cette Cour.

The Court of Appeal of British Columbia soon adopted this reasoning in *Re Meier and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 210.

If one concludes that there is an appeal to a provincial court of appeal from *habeas corpus* in an extradition matter, one must equally conclude that a subsequent appeal may be brought to this Court because s. 719 creates an integrated scheme. In enacting this provision, Parliament obviously overlooked s. 40 of the *Supreme Court Act*. It must, however, be taken to have been superseded by the later provision. To the extent that there is conflict between s. 40 of the *Supreme Court Act* and s. 719 of the *Code*, then, s. 40 has been impliedly repealed. I should perhaps say that in dealing with this issue in my book *Extradition To and From Canada* (2nd ed. 1977), at pp. 131-32, I did not advert to the intertwined judicial and legislative history of the two provisions.

I, therefore, hold that this Court has jurisdiction to hear this appeal.

The Non-Charter Extradition Issues

I shall deal with the non-*Charter* arguments on extradition before addressing the *Charter* issues. It may be useful at the outset, however, to recall precisely what extradition is. Extradition is the surrender by one state to another, on request, of persons accused or convicted of committing a crime in the state seeking the surrender. This is ordinarily done pursuant to a treaty or other arrangement between these states acting in their sovereign capacity and obviously engages their honour and good faith. A surrender under these treaties is primarily an executive act. *Charter* considerations and international implications apart, it is under domestic law in the discretion of the executive to surrender or not to surrender a fugitive requested by another state.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est empressée d'adopter ce raisonnement dans l'arrêt *Re Meier and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 210.

^a Si l'on conclut qu'il est possible d'en appeler devant une cour d'appel provinciale d'une décision en matière d'*habeas corpus* rendue dans une affaire d'extradition, on doit conclure également que cette Cour peut par la suite être saisie d'un pourvoi parce que l'art. 719 crée un régime intégré. Quand il a adopté cette disposition, le législateur n'a manifestement pas tenu compte de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. Il faut toutefois présumer que la disposition postérieure l'emporte sur l'art. 40. Dans la mesure donc où il y a conflit entre l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* et l'art. 719 du *Code*, l'art. 40 a été implicitement abrogé. Je devrais peut-être dire que, quand j'ai abordé cette question dans mon livre *Extradition To and From Canada* (2nd ed. 1977), aux pp. 131 et 132, je ne me suis pas penché sur l'historique judiciaire et législatif enchevêtré de ces deux dispositions.

Je conclus donc que cette Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi.

^f Les questions d'extradition non reliées à la Charte

^g Avant d'en venir aux questions reliées à la *Charte*, j'examinerai les arguments relatifs à l'extradition qui n'y sont pas reliés. Il peut toutefois être utile de rappeler dès le départ ce qu'est au juste l'extradition. L'extradition est la livraison par un État à un autre, à la demande de celui-ci, de personnes accusées ou reconnues coupables d'un crime dans l'État requérant. Cela se fait normalement en vertu d'un traité ou d'une autre convention intervenu entre ces États en leur qualité d'États souverains et engage évidemment leur honneur et leur bonne foi. La livraison d'une personne sous le régime de ces traités constitue d'abord et avant tout un acte du pouvoir exécutif. Indépendamment de la *Charte* et de toutes répercussions internationales, il relève du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif selon le droit interne de livrer ou de pas livrer un fugitif à la demande d'un autre État.

However, as Laskin J. (as he then was) noted in *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, at p. 245, concern for the liberty of the individual has not been overlooked in these rather special proceedings. That is why provision is made in the treaties and in the *Extradition Act* to ensure that, before the discretion to surrender can be exercised, a judicial hearing must be held for the purpose of determining whether there is such evidence of the crime alleged to have been committed in the foreign country as would, according to the law of Canada, justify his or her committal for trial if it had been committed here. If so, the judge commits the fugitive for surrender, and the executive may then exercise its discretion to surrender; if not, he or she is discharged (s. 18 of the Act). The hearing is similar to a preliminary hearing, the presiding judge being ordained by s. 13 of the Act to hear the case in the same manner, "as nearly as may be", as at a preliminary hearing for a crime committed in this country.

The hearing thus protects the individual in this country from being surrendered for trial for a crime in a foreign country unless *prima facie* evidence is produced that he or she has done something there that would constitute a crime mentioned in the treaty if committed here. It must be emphasized that this hearing is not a trial and no attempt should be made to make it one. The trial, when held, will be in the foreign country according to its laws for an alleged crime committed there, and it should require no demonstration that such a prosecution is wholly within the competence of that country. A judge at an extradition hearing has no jurisdiction to deal with defences that could be raised at trial unless, of course, the Act or the treaty otherwise provides.

Counsel for Schmidt argued, however, that the principle of double jeopardy is so fundamental to our criminal law that in providing that an extradition hearing should be conducted "as nearly as may be" like a preliminary hearing, Parliament

Toutefois, comme l'a souligné le juge en chef Laskin (alors juge puîné) dans l'arrêt *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, à la p. 245, le souci de la liberté de l'individu n'a pas été négligé dans ces procédures assez spéciales. C'est pourquoi les traités et la *Loi sur l'extradition* contiennent des dispositions portant que, préalablement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'extrader, une enquête judiciaire doit être tenue afin de déterminer s'il existe une preuve suffisante du crime qui aurait été commis dans le pays étranger pour justifier, selon le droit du Canada, le renvoi au procès dans l'hypothèse où le crime aurait été commis ici. Si cette preuve existe, le juge ordonne que le fugitif soit détenu en vue de son extradition et l'exécutif peut alors exercer son pouvoir discrétionnaire d'extrader; à défaut d'une telle preuve, le fugitif est élargi (art. 18 de la Loi). L'audience ressemble à une enquête préliminaire en ce sens que l'art. 13 de la Loi autorise le juge qui préside à entendre la cause de la même manière, «autant que possible», que cela se ferait à une enquête préliminaire relative à un crime perpétré au Canada.

L'audience protège donc une personne qui se trouve au Canada contre l'extradition en vue d'un procès pour un crime commis dans un pays étranger, à moins qu'on ne produise une preuve *prima facie* établissant qu'elle a fait dans ce pays étranger un acte qui constituerait un crime visé par le traité s'il avait été accompli ici. Il faut souligner que cette audience n'est pas un procès et qu'on ne doit pas tenter de l'ériger en procès. Le procès, quand il a lieu, se tiendra dans le pays étranger conformément aux lois de celui-ci pour un crime qu'on y aurait commis et, évidemment, de telles poursuites relèvent entièrement de la compétence du pays en question. Un juge qui préside une audience d'extradition n'a pas compétence pour examiner les moyens de défense qui pourraient être soulevés au procès, à moins que, bien entendu, la Loi ou le traité n'en dispose autrement.

L'avocat de Schmidt fait cependant valoir que le principe du double péril est un élément à ce point fondamental de notre droit criminel que, en prévoyant qu'une audience d'extradition doit «autant que possible» se dérouler de la même manière

must have intended to import into the extradition hearing some way of presenting defences to prevent a person from being twice prosecuted for the same offence. That, however, would seem to me to import trial procedures into the hearing, an approach that is out of keeping with extradition law generally. In domestic law, such pleas can be made at trial. In extradition matters, too, these are issues that can be raised at the trial in the foreign country. In my view, the reference to a procedure that is the same "as nearly as may be" as a preliminary hearing is intended to accommodate the differences between the two types of proceedings, such as, for example, the provisions in the treaty and the Act for presenting evidence by depositions.

This conclusion is supportable both in principle and on practical grounds. In principle, as Hagarty J. long ago reminded us, the country seeking surrender under a treaty must be trusted with the trial of offences; see *Re Burley* (1865), 1 C.L.J. 34 (C.L. Ch.) It should not be forgotten either that the good faith of this country in honouring its international obligations is involved.

As well, an attempt by courts to consider defences more appropriately dealt with at trial could seriously affect the efficient working of a salutary system devised by states for the mutual surrender of suspected wrongdoers. In particular, a proper determination of pleas such as *autrefois acquit* and *res judicata* presents difficult problems requiring an in-depth knowledge of facts and law that are best dealt with at trial. This is especially so in extradition matters where it is necessary to prove the foreign law as a fact if such defences are permitted, and where only sufficient facts are presented as are necessary to justify the committal of the fugitive.

qu'une enquête préliminaire, le législateur a dû vouloir que l'on puisse présenter à l'audience d'extradition des moyens de défense afin d'éviter qu'une personne soit poursuivie deux fois pour la même infraction. Toutefois, à ce qu'il me semble, cela revient à introduire dans l'audience d'extradition des procédures propres aux procès, ce qui va à l'encontre du droit général de l'extradition. En droit interne, de tels plaidoyers peuvent être invoqués au cours du procès. En matière d'extradition également, ce sont-là des points susceptibles d'être soulevés au procès dans le pays étranger. À mon avis, quand on parle d'une procédure qui est «autant que possible» la même qu'une enquête préliminaire, cela traduit une intention de tenir compte des différences entre les deux types de procédures, comme par exemple dans le cas des dispositions du traité et de la Loi relatives à la présentation de preuves sous la forme de dépositions écrites.

Cette conclusion est défendable tant en principe qu'en pratique. Sur le plan des principes, comme le juge Hagarty nous l'a rappelé il y a longtemps, il faut avoir confiance, pour ce qui est du procès, dans le pays qui demande l'extradition en vertu d'un traité: voir *Re Burley* (1865), 1 C.L.J. 34 (C.L. Ch.) On ne doit pas non plus perdre de vue qu'il y va de la bonne foi du Canada dans le respect de ses obligations internationales.

De plus, toute tentative de la part des tribunaux de tenir compte de moyens de défense qu'il convient mieux d'examiner au procès risquerait de compromettre gravement le fonctionnement efficace d'un système salutaire conçu par les États pour l'extradition réciproque de personnes soupçonnées d'être des malfaiteurs. En particulier, toute décision valable sur des moyens de défense tel que celui d'*autrefois acquit* et celui de l'autorité de la chose jugée présente des problèmes délicats qui exigent une connaissance approfondie des faits et du droit, qu'il vaut mieux aborder au procès. C'est d'autant plus vrai dans les affaires d'extradition où le droit étranger doit être prouvé en tant que fait lorsque ces moyens de défense sont admis, et où l'on ne présente que les faits nécessaires pour justifier la détention du fugitif.

That the parties to the present treaty must have looked at the situation in this way is apparent from a treaty provision upon which counsel for Schmidt relies. Article 4(1)(i) expressly provides that extradition shall not be granted “—When the person whose surrender is sought is being proceeded against, or has been tried and discharged or punished in the territory of the requested State for the offense for which his extradition is requested” (emphasis added). If the parties had considered that double jeopardy in the requesting state should be a valid defence at an extradition hearing, one would have thought the treaty would have referred to it since the parties evidently adverted to the issue. The truth is that the parties obviously understood the practical difficulties of providing for such a defence at the hearing, leaving it, like other trial matters, to be dealt with in the requesting country. That is what is done under most of the treaties. When states wish to provide for a defence of *autrefois acquit* in circumstances where the fugitive has already been tried in the requesting state, or elsewhere for that matter, they expressly provide for it; see, for example, the extradition treaty with Israel, article 4, *Canada Treaty Series 1969*, No. 25. I do not, therefore, accept the *dicta* to the contrary expressed in *Atkinson v. United States of America Government*, [1971] A.C. 197. I might add that I see nothing in the principle set forth in article 2 of the treaty (that the offence concerned must be a crime in both countries) that affects the foregoing reasoning.

Finally, in the course of the oral argument counsel referred to the early English case of *Re Windsor* (1865), 6 B. & S. 522, 122 E.R. 1288 (K.B.), where it appears to have been thought that extradition could not be granted for state crimes in the United States but, as Duff J. said in *Re Collins (No. 3)* (1905), 10 C.C.C. 80 (B.C.S.C.), this view was based on a misconception of the division of legislative power in the United States and has never been followed.

Une disposition du traité sur laquelle s’appuie l’avocat de Schmidt indique que les parties au traité présentement en cause ont dû envisager la situation. Le sous-alinéa 4(1)(i) porte expressément que l’extradition ne doit pas être accordée «Lorsque l’individu dont l’extradition est demandée ou bien fait l’objet de poursuites ou bien a été jugé et acquitté ou puni, sur le territoire de l’État requis, pour l’infraction motivant la demande d’extradition» (c’est moi qui souligne). Si les parties avaient estimé que le double péril dans l’État requérant devait constituer un moyen de défense valable à une audience d’extradition, on peut croire que le traité en aurait fait mention puisque, de toute évidence, elles avaient la question à l’esprit. À la vérité, les parties qui ont manifestement compris les difficultés pratiques qui surgiraient s’il était permis d’invoquer ce moyen de défense à l’audience, ont décidé que, comme les autres questions relevant du procès, c’était un point à trancher dans le pays requérant. C’est ce qui se fait sous le régime de la plupart des traités. Quand des États désirent prévoir un moyen de défense d’autrefois acquit dans des circonstances où le fugitif a déjà été jugé dans l’État requérant, ou même ailleurs, ils le font expressément: voir, par exemple, le traité d’extradition avec Israël, article 4, *Recueil des traités du Canada 1969*, n° 25. Je n’accepte donc pas les opinions contraires exprimées dans l’arrêt *Atkinson v. United States of America Government*, [1971] A.C. 197. J’ajoute que je ne vois rien dans le principe énoncé à l’article 2 du traité (que l’infraction doit constituer un crime dans l’un et l’autre pays) qui change quoi que ce soit à ce raisonnement.

Finale­ment, au cours des plaidoiries, l’avocat s’est référé à la vieille cause anglaise *Re Windsor* (1865), 6 B. & S. 522, 122 E.R. 1288 (K.B.), dans laquelle on paraît avoir estimé que l’extradition ne pouvait pas être accordée à l’égard de crimes prévus par les États des États-Unis. Toutefois, comme l’a dit le juge Duff dans la décision *Re Collins (No. 3)* (1905), 10 C.C.C. 80 (C.S.C.-B.), ce point de vue se fondait sur une conception erronée du partage des pouvoirs législatifs aux États-Unis et il n’a jamais été suivi.

Section 11(h) of the Charter

The appellant's major arguments, however, relate to the *Charter*. Counsel submitted that the child stealing charge is substantially the same as the kidnapping charge and that consequently the appellant is protected from being tried under the child stealing charge under s. 11(h) of the *Charter*, which reads as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again;

There can be no doubt that the actions undertaken by the Government of Canada in extradition as in other matters are subject to scrutiny under the *Charter* (s. 32). Equally, though, there cannot be any doubt that the *Charter* does not govern the actions of a foreign country; see, for example, *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278. In particular the *Charter* cannot be given extraterritorial effect to govern how criminal proceedings in a foreign country are to be conducted.

These propositions must, I think, be kept firmly in mind in examining the right protected by s. 11(h). The right is that of a person charged with an offence not to be tried for the offence again if he or she has already been finally acquitted of the offence. The Government of Canada, to which the *Charter* applies, is not trying the fugitive. An extradition hearing, we saw, is not a trial. It is simply a hearing to determine whether there is sufficient evidence of an alleged extradition crime to warrant the Government under its treaty obligations to surrender a fugitive to a foreign country for trial by the authorities there for an offence committed within its jurisdiction. To repeat, s. 11(h) was not intended to be given extraterritorial application so as to govern criminal processes in another country. It was intended to govern trials conducted by the governments of this country mentioned in s. 32. Here no trial is being conducted by the Government of Canada. If a trial is to be

L'alinéa 11h) de la Charte

Les arguments principaux de l'appelante se rapportent toutefois à la *Charte*. L'avocat a fait valoir que l'accusation de vol d'enfant recouvre essentiellement celle d'enlèvement et que, par conséquent, l'al. 11h) de la *Charte* joue de manière à protéger l'appelante contre des poursuites pour vol d'enfant. L'alinéa 11h) est ainsi rédigé:

11. Tout inculpé a le droit:

h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

Il ne fait pas de doute que les actes entrepris par le gouvernement du Canada en matière d'extradition, comme dans d'autres domaines, sont assujettis au contrôle prévu par la *Charte* (art. 32). Il est cependant tout aussi certain que la *Charte* ne s'applique pas aux actes d'un pays étranger: voir, par exemple, l'arrêt *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278. En particulier, on ne saurait donner à la *Charte* un effet qui la rendrait applicable à la conduite de procédures criminelles dans un pays étranger.

Il faut, je crois, garder ces éléments bien en tête dans toute étude du droit protégé par l'al. 11h). Il s'agit du droit de tout inculpé de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a déjà été définitivement acquitté. Le gouvernement du Canada, à qui s'applique la *Charte*, ne se trouve pas à juger le fugitif. Comme on l'a vu, une audience d'extradition n'est pas un procès. C'est simplement une audience visant à déterminer s'il existe une preuve suffisante d'un crime donnant lieu à extradition pour justifier que le gouvernement, dans l'exécution des obligations conventionnelles, livre un fugitif à un pays étranger pour qu'il y subisse son procès pour une infraction commise dans ce ressort. On n'a pas visé, je le répète, à donner à l'al. 11h) une application extra-territoriale de manière à régir les procédures criminelles d'un autre pays. On a plutôt visé à régir les procès menés par les gouvernements de notre pays mentionnés à l'art. 32. En l'espèce, il ne s'agit nulle-

held, it will be conducted by a foreign government in a foreign country for an offence under its laws.

Fundamentally, what the appellant seeks to do is to restructure the extradition hearing (which is simply one to determine a condition precedent to the executive's power to surrender, i.e., whether there is a *prima facie* case that an alleged extradition crime was committed) into a quite different proceeding to determine whether the foreign trial meets the standards of a trial conducted in this country. I agree with the extradition judge, Collins Dist. Ct. J., that he had no jurisdiction to do this.

This approach is supported by the whole structure of s. 11. Not only is a fugitive at an extradition hearing not being charged with an offence, certainly not by the Government of Canada, several of the rights of a "person charged with an offence" can simply have no application to extradition. These include the right to be presumed innocent (s. 11(d)) and the right to a jury trial (s. 11(f)), both of which do not exist in a number of countries with which we have extradition treaties. How could Canada surrender fugitives to those countries to be tried there if such issues could be raised at an extradition hearing? Nor can these provisions be isolated. To say that some provisions of s. 11 apply to extradition hearings, while others do not, involves giving varying meanings to "any person charged with an offence" in the opening words of the section. In my view, Tallis J.A. was correct in saying in *R. v. Heit* (1984), 11 C.C.C. (3d) 97 (Sask. C.A.), at p. 100, that the expression must have a constant meaning throughout, one that harmonizes with the various paragraphs of the section.

Briefly stated, I think s. 11 relates to charges laid by the governments referred to in s. 32 of the *Charter*. An extradition hearing does not fall within that description. It is interesting that the

ment d'un procès mené par le gouvernement du Canada. S'il doit y avoir procès, il sera mené par le gouvernement d'un pays étranger sur son territoire pour une infraction à ses lois.

^a Au fond, l'appelante cherche à transformer l'audience d'extradition (qui vise simplement à déterminer l'existence d'une condition de l'exercice par l'exécutif de son pouvoir d'extradition, c.-à-d. si on a établi une apparence suffisante de la perpétration d'un crime donnant lieu à extradition) en une procédure tout à fait différente ayant pour objet de déterminer si le procès étranger satisfait aux normes applicables à un procès au pays. Je suis d'accord avec le juge Collins de la Cour de district, siégeant en matière d'extradition, qu'il n'avait pas compétence pour ce faire.

Ce point de vue est appuyé par l'ensemble de l'art. 11. En premier lieu, un fugitif à une audience d'extradition n'est pas accusé d'une infraction, du moins certainement pas par le gouvernement du Canada; en deuxième lieu, plusieurs des droits d'un «inculpé» ne jouent simplement pas en matière d'extradition. C'est le cas notamment du droit d'être présumé innocent, prévu par l'al. 11(d), et le droit à un procès devant un jury, garanti par l'al. 11(f), droits qui n'existent ni l'un ni l'autre dans plusieurs pays avec lesquels nous avons conclu des traités d'extradition. Comment le Canada pourrait-il livrer des fugitifs à ces pays pour y subir leur procès s'il était possible de soulever de telles questions lors d'une audience d'extradition? De surcroît, ces dispositions ne sauraient être prises isolément. Dire que certaines dispositions de l'art. 11 s'appliquent aux audiences d'extradition alors que d'autres ne s'y appliquent pas nécessite que l'on donne au terme «inculpé» employé au début de l'article des sens multiples. À mon avis, c'est avec raison que le juge Tallis de la Cour d'appel a souligné dans l'arrêt *R. v. Heit* (1984), 11 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Sask.), à la p. 100, que ce mot doit recevoir partout un seul et même sens, un sens qui soit en harmonie avec les différents alinéas de l'article.

En bref, je crois que l'art. 11 se rapporte aux accusations portées par les gouvernements visés par l'art. 32 de la *Charte*. Une audience d'extradition ne tombe pas dans cette catégorie. Chose

courts of the United States have arrived at a similar result under their constitution. The Fifth Amendment right not "to be twice put in jeopardy", has been held to be available only in the United States: see *Re Ryan*, 360 F. Supp. 270 (E.D. N.Y. 1973).

I would not, however, wish to be interpreted as saying that some of the interests involved in s. 11, such as the right to bail (s. 11(e)), are not similarly protected at an extradition hearing under other provisions of the *Charter*; consider the interplay between s. 7 (the right to liberty) and s. 15 (equality before the law).

I am, therefore, of the view that s. 11(h) of the *Charter* does not apply to an extradition hearing.

Section 7 of the *Charter*

As will be evident from what I have already said, I am far from thinking that the *Charter* has no application to extradition. The surrender of a person to a foreign country may obviously affect a number of *Charter* rights. In *Rauca*, *supra*, for example, the Ontario Court of Appeal recognized that extradition intruded on a citizen's right under s. 6 to remain in Canada, although it also found that the beneficial aspects of the procedure in preventing malefactors from evading justice, a procedure widely adopted all over the world, were sufficient to sustain it as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. Section 6 was not raised in this case, though Schmidt is a Canadian citizen, no doubt because her counsel believed, as I do, that it was properly disposed of in the *Rauca* case. However, it does not follow from the fact that the procedure is generally justifiable that the manner in which the procedures are conducted in Canada and the conditions under which a fugitive is surrendered can never invite *Charter* scrutiny. The pre-eminence of the Constitution must be recognized; the treaty, the extradition hearing in this country and the exercise of the executive discretion to surrender a fugitive must all conform to the

intéressante, les tribunaux des États-Unis, en interprétant la constitution américaine, sont arrivés à un résultat semblable. Le droit de ne pas [TRADUCTION] «être menacé deux fois» conféré par le Cinquième amendement a été jugé applicable aux États-Unis seulement: voir l'affaire *Re Ryan*, 360 F. Supp. 270 (E.D. N.Y. 1973).

Je ne veux toutefois pas que l'on conclue de mes observations que d'autres dispositions de la *Charte* ne protègent pas d'une manière semblable à une audience d'extradition certains droits garantis par l'art. 11, tel que le droit au cautionnement (al. 11e)); à ce propos, on n'a qu'à considérer le jeu de l'art. 7 (le droit à la liberté) et de l'art. 15 (l'égalité devant la loi).

J'estime par conséquent que l'al. 11h) de la *Charte* ne s'applique pas à une audience d'extradition.

L'article 7 de la *Charte*

Il ressort nettement de ce que j'ai déjà dit que je suis loin de croire à l'inapplicabilité de la *Charte* en matière d'extradition. La livraison d'une personne à un pays étranger peut évidemment mettre en jeu plusieurs droits garantis par la *Charte*. Dans l'arrêt *Rauca*, précité, par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que l'extradition empiète sur le droit de demeurer au Canada reconnu à chaque citoyen par l'art. 6, quoiqu'elle ait également conclu que les avantages de la procédure qui empêche les malfaiteurs de se soustraire à la justice et qui est d'ailleurs largement adoptée dans le monde, suffisent pour justifier l'extradition en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Bien que Schmidt soit citoyenne canadienne, l'art. 6 n'a pas été invoqué en l'espèce, sans doute parce que son avocat a cru, comme moi, que ce point a été tranché à bon droit dans l'affaire *Rauca*. Il ne résulte cependant pas du fait que l'extradition est généralement justifiable que la manière dont les procédures se déroulent au Canada et les conditions dans lesquelles s'effectue la livraison d'un fugitif ne peuvent jamais faire l'objet d'un examen en vertu de la *Charte*. On doit reconnaître la prééminence de la Constitution; le traité, l'audience d'extradition au Canada et l'exercice par l'exécutif de son pouvoir discrétion-

requirements of the *Charter*, including the principles of fundamental justice.

No issue was raised that Canadian officials did anything improper in the conduct of the proceedings. Nor was any objection raised in this Court about the nature of the extradition procedure itself, the objection raised below that the fugitive offender had a right under s. 7 of the *Charter* to cross-examine deponents on affidavits submitted in support of the extradition application having, in my view, rightly been abandoned.

What is squarely in issue here is whether the surrender of a fugitive by the Government of Canada to the United States for the purpose of having her tried for a state crime which bears some similarity to a federal crime for which she has already been tried and acquitted in respect of the same transaction violates s. 7 of the *Charter*, which reads as follows:

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

In so far as any general objection might be made that extradition interferes with the right to life, liberty and security of the person is concerned, such objection would be met by considerations similar to those adopted in *Rauca* in respect of s. 6 of the *Charter*. The real question is whether the fugitive in the circumstances of this case would, by virtue of her proposed extradition, be deprived of this right in a manner that did not conform to the principles of fundamental justice.

I should at the outset say that the surrender of a fugitive to a foreign country is subject to *Charter* scrutiny notwithstanding that such surrender primarily involves the exercise of executive discretion. In *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, Dickson J. (now C.J.) made it clear that "the executive branch of the Canadian government is duty bound to act in accordance

naire d'extrader un fugitif doivent tous se conformer aux exigences de la *Charte*, y compris aux principes de justice fondamentale.

On ne reproche aux fonctionnaires canadiens aucune irrégularité dans la conduite des procédures. De plus, la nature de la procédure d'extradition elle-même n'a fait l'objet d'aucune objection en cette Cour, car on a, à juste titre selon moi, abandonné l'objection invoquée devant les tribunaux d'instance inférieure selon laquelle l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à la contrevenante fugitive le droit de contre-interroger les souscripteurs des affidavits présentés à l'appui de la demande d'extradition.

La véritable question en litige en l'espèce est de savoir si l'extradition de la fugitive par le gouvernement du Canada aux États-Unis pour qu'elle soit jugée pour un crime prévu par la loi d'un État, qui présente une certaine ressemblance avec un crime fédéral pour lequel elle a déjà été jugée et à l'égard duquel elle a été acquittée relativement à la même affaire, constitue une violation de l'art. 7 de la *Charte*, dont voici le texte:

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

Dans la mesure où l'on pourrait prétendre d'une manière générale que l'extradition porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, cette objection se heurterait à des considérations semblables à celles retenues dans l'affaire *Rauca* à l'égard de l'art. 6 de la *Charte*. La question est en réalité de savoir si, dans les circonstances de la présente espèce, l'extradition envisagée aurait pour effet de priver la fugitive de ce droit d'une façon non conforme aux principes de justice fondamentale.

Je souligne dès le départ que la livraison d'un fugitif à un pays étranger peut faire l'objet d'un examen en vertu de la *Charte*, bien que cette livraison relève principalement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif. Dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a affirmé catégoriquement que «l'exécutif du

with the dictates of the *Charter*" (p. 455) and that even "disputes of a political or foreign policy nature may be properly cognizable by the courts" (p. 459); see also Wilson J. at p. 464.

I have no doubt either that in some circumstances the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender, whether that course of conduct is justifiable or not under the law of that country, may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances. To make the point, I need only refer to a case that arose before the European Commission on Human Rights, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611, where it was established that prosecution in the requesting country might involve the infliction of torture. Situations falling far short of this may well arise where the nature of the criminal procedures or penalties in a foreign country sufficiently shocks the conscience as to make a decision to surrender a fugitive for trial there one that breaches the principles of fundamental justice enshrined in s. 7. I might say, however, that in most cases, at least, judicial intervention should await the exercise of executive discretion. For the decision to surrender is that of the executive authorities, not the courts, and it should not be lightly assumed that they will overlook their duty to obey constitutional norms by surrendering an individual to a foreign country under circumstances where doing so would be fundamentally unjust.

I hasten to add, however, that I see nothing unjust in surrendering to a foreign country a person accused of having committed a crime there for trial in the ordinary way in accordance with the system for the administration of justice prevailing in that country simply because that system is substantially different from ours with different checks and balances. The judicial process in a foreign country must not be subjected to finicky evaluations against the rules governing the legal process in this country. A judicial system is not,

gouvernement canadien [a] l'obligation d'agir conformément aux préceptes de la *Charte*» (p. 455) et que «les tribunaux [sont] fondés à connaître de différends [même] d'une nature politique ou mettant en cause la politique étrangère» (p. 459); voir aussi les propos du juge Wilson, à la p. 464.

Je ne doute pas non plus que dans certaines situations le traitement que l'État étranger réservera au fugitif extradé, que ce traitement soit ou non justifiable en vertu des lois de ce pays-là, peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances. À ce propos, il suffit de se référer à une affaire portée devant la Commission européenne des droits de l'homme, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611, dans laquelle il a été établi que des poursuites dans le pays requérant pourraient comprendre le recours à la torture. Il est fort possible que se présentent des cas bien moins graves où la nature des procédures criminelles dans un pays étranger ou des peines prévues choque suffisamment la conscience pour qu'une décision de livrer un fugitif afin qu'il y subisse son procès constitue une atteinte aux principes de justice fondamentale consacrés dans l'art. 7. Je dois dire toutefois que, dans la plupart des cas du moins, les tribunaux ne doivent intervenir qu'après l'exercice par l'exécutif de son pouvoir discrétionnaire, car il appartient au pouvoir exécutif et non pas aux tribunaux de décider de l'extradition et ceux-ci ne doivent pas supposer à la légère que l'exécutif manquera à son obligation de se conformer aux normes constitutionnelles en livrant un individu à un pays étranger dans des circonstances où il serait fondamentalement injuste de le faire.

Je m'empresse cependant d'ajouter que, selon moi, il n'est pas injuste de livrer à un pays étranger une personne accusée d'y avoir commis un crime pour qu'elle y soit jugée en conformité de son système judiciaire simplement parce que ce dernier diffère sensiblement du nôtre et comporte des mécanismes différents. Le processus judiciaire d'un pays étranger ne doit pas être soumis à des évaluations minutieuses en fonction des règles applicables aux voies judiciaires canadiennes. Un système judiciaire n'est pas, par exemple, foncière-

for example, fundamentally unjust—indeed it may in its practical workings be as just as ours—because it functions on the basis of an investigatory system without a presumption of innocence or, generally, because its procedural or evidentiary safeguards have none of the rigours of our system.

What has to be determined is whether or not, in the particular circumstances of the case, surrender of a fugitive for a trial offends against the basic demands of justice. In determining that issue, the courts must begin with the notion that the executive must first have determined that the general system for the administration of justice in the foreign country sufficiently corresponds to our concepts of justice to warrant entering into the treaty in the first place, and must have recognized that it too has a duty to ensure that its actions comply with constitutional standards. Blind judicial deference to executive judgment cannot, of course, be expected. The courts have the duty to uphold the Constitution. Nonetheless, this is an area where the executive is likely to be far better informed than the courts, and where the courts must be extremely circumspect so as to avoid interfering unduly in decisions that involve the good faith and honour of this country in its relations with other states. In a word, judicial intervention must be limited to cases of real substance.

It is not beside the point to observe that any other approach would seriously impair the effective functioning of a salutary system for preventing criminals from evading the demands of justice in one country by escaping to another. In a world where modern communications make international and transnational criminal activity and evasion ever easier, no demonstration is required of the need for a reasonably effective system for the surrender of fugitives from one country to another untrammelled by excessive technicality or fastidious demands that foreign systems comply with our constitutional standards. A decision to surrender a fugitive for trial in a foreign country cannot be

ment injuste, en fait, sur le plan pratique, il peut être aussi juste que le nôtre, parce qu'il repose sur un mode d'enquête auquel la présomption d'innocence est étrangère ou, d'une manière générale, parce que ses mesures protectrices en matière de procédure ou de preuve n'ont pas la même rigueur que celles de notre système.

La question à trancher est de savoir si, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'extradition d'un fugitif en vue de son procès va à l'encontre des exigences fondamentales de la justice. Pour répondre à cette question, les tribunaux doivent partir de l'idée que l'exécutif a dû d'abord décider que le système général d'administration de la justice existant dans le pays étranger présentait une correspondance suffisante avec notre conception de la justice pour justifier la conclusion du traité au départ et a dû reconnaître qu'il a lui aussi une obligation de s'assurer de la conformité de ses actes avec les normes constitutionnelles. Bien sûr, on ne peut pas s'attendre que les tribunaux défèrent aveuglément au jugement du pouvoir exécutif. Il incombe aux tribunaux de faire respecter la Constitution. Nous parlons néanmoins d'un domaine dans lequel l'exécutif sera vraisemblablement bien mieux renseigné que les tribunaux et dans lequel ces derniers doivent se montrer extrêmement circonspects afin d'éviter toute ingérence indue dans des décisions où il y va de la bonne foi et de l'honneur du Canada dans ses relations avec d'autres États. En un mot, l'intervention des tribunaux doit se limiter aux cas où cela s'impose réellement.

Il n'est pas inutile de mentionner que toute autre démarche nuirait gravement au fonctionnement efficace d'un système salubre destiné à empêcher les criminels d'échapper à la justice d'un pays en se réfugiant dans un autre. Dans un monde où les moyens de communication modernes rendent de plus en plus faciles les activités criminelles et les évasions internationales et transnationales, point n'est besoin de prouver la nécessité d'un système suffisamment efficace d'extradition des fugitifs d'un pays à l'autre qui soit dégagé de tout formalisme excessif ou des exigences fastidieuses que les systèmes étrangers respectent nos normes constitutionnelles. Ce n'est pas parce que l'application de

faulted as fundamentally unjust because the operation of the foreign law in the particular circumstances has not been subjected to scrutiny to see if it will conform to the standards of our system of justice.

I would add that the lessons of history should not be overlooked. Sir Edward Clarke instructs us that in the early 19th century the English judges, by strict and narrow interpretation, almost completely nullified the operation of the few extradition treaties then in existence: see *A Treatise Upon the Law of Extradition* (4th ed. 1903), c. V. Following the enactment of the British *Extradition Act, 1870* (U.K.), 33 & 34 Vict., c. 52, upon which ours is modelled, this approach was reversed. The present system of extradition works because courts give the treaties a fair and liberal interpretation with a view to fulfilling Canada's obligations, reducing the technicalities of criminal law to a minimum and trusting the courts in the foreign country to give the fugitive a fair trial, including such matters as giving proper weight to the evidence and adequate consideration of available defences and the dictates of due process generally.

That the approach I have suggested is not unreasonable is evident from the experience of the United States, with its rather similar constitution. The application of that country's experience, it is true, must be viewed in light of the "political question" doctrine under which wide judicial deference is accorded to certain executive decisions, including those in the field of foreign relations, an issue not yet resolved in this country although it has been the subject of some discussion in this Court; see the remarks of Wilson J. in *Operation Dismantle Inc.*, *supra*, at p. 464. However, the courts of that country, while recognizing the pre-eminent role of the executive in this area, have noted that all branches of government are subject to the supremacy of the Constitution and that the judiciary may have a useful role to play: see *Holmes v. Laird*, 459 F.2d 1211 (D.C. Cir. 1972), *certiorari* denied 409 U.S. 869. In particular, they

la loi étrangère dans les circonstances particulières n'a pas été soumise à un examen visant à déterminer sa conformité avec les normes établies par notre système de justice qu'on peut taxer de fondamentalement injuste une décision de livrer un fugitif afin qu'il soit jugé dans un pays étranger.

J'ajouterais qu'il ne faut pas négliger non plus les leçons à tirer de l'histoire. Sir Edward Clarke nous apprend qu'au début du XIX^e siècle les juges anglais, par une interprétation stricte et étroite, ont rendu presque complètement inopérants les quelques traités d'extradition qui existaient à l'époque: voir *A Treatise Upon the Law of Extradition* (4th ed. 1903), chap. V. Par suite de l'adoption en Grande-Bretagne de l'*Extradition Act, 1870* (R.-U.), 33 & 34 Vict., chap. 52, sur laquelle est modelée notre loi ce mouvement a été renversé. Le système actuel d'extradition fonctionne parce que les tribunaux donnent aux traités une interprétation juste et libérale destinée à remplir les obligations du Canada et à réduire au minimum le recours aux formalités du droit criminel, tout en comptant sur les tribunaux du pays étranger pour donner au fugitif un procès équitable, ce qui implique notamment que l'on donne à la preuve l'importance qui lui revient et que l'on tienne dûment compte des moyens de défense possibles et des exigences de l'équité en général.

Que la démarche que j'ai proposée n'ait rien de déraisonnable ressort de l'expérience des États-Unis, dont la Constitution ressemble en bien des points à la nôtre. Certes, l'application de l'expérience américaine doit être considérée à la lumière du principe de la «question politique» suivant lequel les tribunaux accordent une grande déférence à certaines décisions de l'exécutif, y compris celles relevant du domaine des relations étrangères, question qui n'a pas encore été réglée au Canada, bien qu'elle ait fait l'objet de certains commentaires de cette Cour: voir les observations du juge Wilson dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc.*, précité, à la p. 464. Cependant, tout en reconnaissant la prééminence de l'exécutif dans ce domaine, les tribunaux américains ont souligné que chacune des branches du gouvernement est soumise à la suprématie de la Constitution et que le pouvoir judiciaire peut avoir un rôle utile à

have stated that an extradition hearing must conform to the requirements of due process: see *Gallina v. Fraser*, 177 F. Supp. 856 (D. Conn. 1959), aff'd 278 F.2d 77 (2d Cir. 1960), *certiorari* denied 364 U.S. 851.

It is clear, however, that the rights guaranteed by the United States Constitution are not to be exported to other countries, even where American citizens are involved. In the leading case of *Neely v. Henkel (No. 1)*, 180 U.S. 109 (1901), the United States Supreme Court was faced with the task of reconciling its laws governing extradition to Cuba with the rights guaranteed by the Constitution of the United States. Harlan J., giving the judgment of the court, had this to say at p. 122:

It is contended that the act of June 6, 1900, is unconstitutional and void in that it does not secure to the accused, when surrendered to a foreign country for trial in its tribunals, all of the rights, privileges and immunities that are guaranteed by the Constitution to persons charged with the commission in this country of crime against the United States. Allusion is here made to the provisions of the Federal Constitution relating to the writ of *habeas corpus* bills of attainder, *ex post facto* laws, trial by jury for crimes, and generally to the fundamental guarantees of life, liberty and property embodied in that instrument. The answer to this suggestion is that those provisions have no relation to crimes committed without the jurisdiction of the United States against the laws of a foreign country.

At page 123, he continued:

In connection with the above proposition, we are reminded of the fact that the appellant is a citizen of the United States. But such citizenship does not give him an immunity to commit crime in other countries, nor entitle him to demand, of right, a trial in any other mode than that allowed to its own people by the country whose laws he has violated and from whose justice he has fled. When an American citizen commits a crime in a foreign country he cannot complain if required to submit to such modes of trial and to such punishment as the laws of that country may prescribe for its own people, unless a different mode be provided for by treaty stipulations between that country and the United States.

jouer: voir *Holmes v. Laird*, 459 F.2d 1211 (D.C. Cir. 1972), *certiorari* refusé 409 U.S. 869. En particulier, ils ont affirmé qu'une audience d'extradition doit se conformer aux exigences de l'équité: voir l'affaire *Gallina v. Fraser*, 177 F. Supp. 856 (D. Conn. 1959), conf. 278 F.2d 77 (2d Cir. 1960), *certiorari* refusé 364 U.S. 851.

Il est toutefois évident que les droits garantis par la Constitution des États-Unis ne sauraient être exportés dans d'autres pays, même dans des affaires où des citoyens américains sont en cause. Dans l'arrêt de principe *Neely v. Henkel (No. 1)*, 180 U.S. 109 (1901), la Cour suprême des États-Unis avait à concilier les lois américaines régissant l'extradition vers Cuba avec les droits garantis par la Constitution des États-Unis. Le juge Harlan, qui a rendu le jugement de la cour, a dit, à la p. 122:

[TRADUCTION] On prétend que la loi du 6 juin 1900 est inconstitutionnelle et nulle parce qu'elle ne garantit pas aux accusés livrés à un pays étranger pour être jugés devant ses tribunaux tous les droits, privilèges et immunités dont jouissent, de par la Constitution, les personnes accusées de la perpétration chez nous d'un crime contre les États-Unis. On fait allusion aux dispositions de la Constitution fédérale relatives au bref d'*habeas corpus*, aux décrets de confiscation des biens et de mort civile, aux lois à effet rétroactif, aux procès devant un jury en matière criminelle et, d'une manière générale, à la garantie fondamentale du droit à la vie, à la liberté et aux biens énoncée dans ce document. La réponse à cet argument est que ces dispositions-là n'ont aucun rapport avec les crimes commis en dehors de la sphère de compétence des États-Unis contre les lois d'un pays étranger.

À la page 123, il ajoute:

[TRADUCTION] On nous rappelle relativement à la proposition susmentionnée que l'appelant est citoyen des États-Unis. Mais cette citoyenneté ne l'autorise pas à commettre impunément des crimes dans d'autres pays ni ne lui confère le droit d'exiger un procès dans une forme autre que celle prévue pour son propre peuple par le pays dont il a enfreint les lois et dont il a fui la justice. Quand un citoyen américain commet un crime dans un pays étranger, il ne peut se plaindre d'avoir à subir les formes de procès et les peines que les lois du pays en question peuvent prescrire pour ses propres citoyens, à moins qu'un traité intervenu entre ce pays et les États-Unis ne stipule quelque chose de différent.

This course has been followed ever since. In *Gallina v. Fraser, supra*, for example, the Federal Court of Appeal (2d Cir.) refused to give effect to an objection that returning to Italy a fugitive who had been convicted *in absentia* in accordance with that country's traditional process violated the due process clause. Again, in *Holmes v. Laird, supra*, that court also refused to countenance objections to a request to surrender an accused based on several constitutional grounds, including speedy trial and representation by effective counsel of his choice.

In the latter case, the court underlined the practical problems associated with adopting another course. It had this to say at p. 1218:

It is evident that if appellants' point were to be entertained, an in-depth examination of the West German trial record would become an indispensable forerunner of any endeavor to resolve their claims on the merits. We need not pause to reflect on the difficulties—practical or otherwise—of such an undertaking for appellants' contention that the Constitution has the effect asserted is doomed, we think, by the Supreme Court's holding in *Neely v. Henkel*.

The present case reveals that such fears are not unrealistic. As we have seen, the courts below engaged in a thorough examination of the trial record in the federal prosecution for kidnapping and detailed arguments from that record were made in this Court. It requires little imagination to conclude that if against a background of widely divergent systems of law such a procedure were introduced into any significant number of extradition cases, an effective system of extradition could well be jeopardized. Judicial intervention in this area must, therefore, as I have stated, be restricted to compelling situations bearing in mind that the executive has the first responsibility in this area and that judicial intervention conveys in Lord Russell C.J.'s phrase in *Re Arton*, [1896] 1 Q.B. 108, at p. 115, "a reflection of the gravest possible kind, not only upon the motive and actions of the responsible Government, but also impliedly upon

C'est la ligne de conduite qui a toujours prévalu depuis. Dans l'arrêt *Gallina v. Fraser*, précité, par exemple, la Cour d'appel fédérale (2d Cir.) a écarté une objection selon laquelle le renvoi en Italie d'un fugitif qui avait été déclaré coupable par contumace en conformité avec les voies judiciaires traditionnelles de ce pays, constituerait une violation de la clause relative au caractère équitable des procédures. Puis, dans l'affaire *Holmes v. Laird*, précitée, la même cour a refusé également d'admettre des objections à l'extradition d'un accusé que l'on fondait sur plusieurs droits constitutionnels, y compris le droit à un procès rapide et le droit d'être représenté par un avocat efficace de son choix.

Dans cette dernière affaire, la cour a souligné les problèmes d'ordre pratique qu'entraînerait l'adoption d'une autre ligne de conduite. Elle a affirmé, à la p. 1218:

[TRADUCTION] Il est évident que, si le point de vue des appelants devait être admis, un examen approfondi du dossier du procès en Allemagne de l'Ouest devrait indispensablement précéder toute tentative de trancher leurs réclamations au fond. Point n'est besoin d'étudier les difficultés, pratiques ou autres, d'une telle entreprise, car l'argument des appelants attribuant un tel effet à la Constitution est, selon nous, voué à l'échec en raison de la conclusion de la Cour suprême dans l'affaire *Neely v. Henkel*.

La présente instance révèle que ces craintes ne sont pas irréalistes. Comme nous l'avons déjà constaté, les tribunaux d'instance inférieure en l'espèce ont procédé à un examen fouillé du dossier du procès relatif à l'infraction fédérale d'enlèvement et des arguments détaillés fondés sur ce dossier ont été plaidés devant nous. On n'a pas besoin de beaucoup d'imagination pour conclure que, si, dans le contexte de systèmes de droit fort différents, une telle procédure devait être introduite dans un nombre important d'affaires d'extradition, cela pourrait bien compromettre l'existence d'un système efficace d'extradition. L'intervention des tribunaux dans ce domaine doit en conséquence, je le répète, se limiter à des situations particulièrement graves, car il faut se rappeler que c'est d'abord et avant tout le pouvoir exécutif qui détient la responsabilité à cet égard et que l'intervention judiciaire constitue, pour reprendre les

the judicial authorities of a neighbouring and friendly Power”.

Though the arguments made on behalf of Schmidt were largely based on s. 11(h) of the *Charter*, those arguments may also be framed in terms of s. 7, and indeed reliance was placed on that provision as well. Counsel contended that her extradition would deprive her of her right to liberty and security with respect to a matter for which she could not be brought to trial in Canada. As I noted previously, I do not think our constitutional standards can be imposed on other countries. A person who is accused of violating the laws of a foreign country within its jurisdiction cannot, it seems to me, rightly complain that she has been deprived of her liberty and security in a manner inconsistent with the principles of fundamental justice simply because she is to be surrendered to that country for trial in accordance with its traditional procedures, even though those procedures may not meet the specific constitutional requirements for trial in this country. In particular, I do not think we should attempt to export our particular version of the technical pleas of *autrefois acquit* and *res judicata* to a foreign country. Still less do I think that these should be raised at an extradition hearing, where to rely on such pleas, in a setting where foreign law must be proved and where facts may have to be established under procedural and evidentiary rules different from those of the requesting state, invites importing into extradition proceedings factors which the experience of over a hundred years establishes to be unwise.

I find it unnecessary, then, to explore whether the foreign courts should, on such evidence as we now have, give effect to the pleas of *autrefois acquit* and *res judicata*. This is not to say that the underlying considerations involved in these pleas

termes du juge en chef lord Russell dans l'arrêt *Re Arton*, [1896] 1 Q.B. 108, à la p. 115, [TRADUCTION] «une critique des plus sévères non seulement des motifs et des actes du gouvernement responsable, mais aussi, implicitement, des autorités judiciaires d'une puissance voisine avec laquelle nous entretenons des relations amicales».

Quoique les arguments avancés pour le compte de Schmidt reposent généralement sur l'al. 11(h) de la *Charte*, ils pourraient aussi être fondés sur l'art. 7, lequel a, en fait, été invoqué également. L'avocat de Schmidt a soutenu que l'extradition de celle-ci porterait atteinte à son droit à la liberté et à la sécurité relativement à un acte pour lequel elle ne pourrait pas être poursuivie au Canada. Comme je l'ai déjà fait remarquer, je ne crois pas que nous puissions imposer à d'autres pays nos normes constitutionnelles. Une personne accusée d'avoir enfreint les lois d'un pays étranger dans son ressort est, à ce qu'il me semble, mal venue de prétendre qu'elle a été privée de sa liberté et de sa sécurité d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, du simple fait qu'elle doit être livrée à ce pays pour y être jugée selon les procédures traditionnelles dudit pays, quand bien même ces procédures ne rempliraient pas les exigences constitutionnelles précises relatives aux procès au Canada. Plus précisément, je ne crois pas que nous devrions essayer d'exporter à un pays étranger notre forme particulière des moyens de défense spéciaux d'*autrefois acquit* et de l'autorité de la chose jugée. Je crois encore moins que ces plaidoyers devraient être soulevés à une audience d'extradition, car les invoquer dans une situation où la règle de droit étrangère doit être prouvée et où les faits peuvent avoir à être établis sous le régime de règles de procédure et de preuve différentes de celles de l'État requérant, constitue une invitation à introduire dans des procédures d'extradition des éléments qu'il serait, d'après ce que révèle l'expérience de plus de cent ans, judicieux d'écarter.

Cela étant, je conclus qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si les tribunaux étrangers devraient, dans l'hypothèse où ils disposeraient d'éléments de preuve tels que ceux produits devant nous, admettre les moyens de défense d'*autrefois acquit* et de

are to be ignored in considering whether the executive should refuse to surrender on the grounds that such surrender would violate the principles of fundamental justice. Repeated attempts by the same prosecutorial authorities to prosecute a person for the same offence may, in certain circumstances, well amount to harassment sufficiently oppressive that surrender of such a person would violate those principles. As I mentioned earlier, however, the courts should intervene only in compelling situations.

The present case does not seem to me to meet this standard. I cannot accede to the proposition that the attempt by state authorities to enforce their own laws violates those principles by reason only that the federal authorities, in attempting to enforce their laws, prosecuted her for an offence similar to that for which the state prosecution was initiated. This is far from being a clear-cut situation. The two offences involve quite different elements. The kidnapping offence is aimed at regulating interstate and foreign commerce, and maritime jurisdiction, as well as internationally protected persons. The state action is aimed at public order within the state, and is designed particularly to protect young persons. Various other elements and defences appear in one provision but not the other. Different interests are involved with different prosecutorial authorities following their own paths. Similar situations may exist in this country; see *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *R. v. Chiasson* (1982), 135 D.L.R. (3d) 499 (N.B.C.A.), aff'd [1984] 1 S.C.R. 266. They do not generally arise in as acute a fashion here because criminal law is exclusively vested in Parliament, but on the other hand the same prosecutorial authorities are often involved.

l'autorité de la chose jugée. Je ne veux toutefois pas dire par là que les considérations sous-tendant ces moyens de défense ne doivent pas être prises en considération lorsqu'il s'agit de déterminer si le pouvoir exécutif devrait refuser de livrer une personne pour le motif que l'extradition irait à l'encontre des principes de justice fondamentale. Si les mêmes poursuivants ont multiplié leurs tentatives de poursuite d'une personne pour la même infraction, cela peut bien, dans certaines circonstances, représenter un harcèlement suffisamment oppressif pour que l'extradition de ladite personne viole ces principes. Comme je l'ai déjà mentionné, cependant, les tribunaux ne doivent intervenir que dans des cas très graves.

Or, la présente espèce ne me semble pas satisfaire à cette norme. Je ne puis accepter la proposition selon laquelle la tentative par les autorités de l'État d'appliquer leurs propres lois porte atteinte à ces principes du seul fait que les autorités fédérales, en essayant d'appliquer les lois fédérales, ont poursuivi l'appelante pour une infraction semblable à celle qui fait l'objet des poursuites entamées par l'État. Ce cas n'est pas clair et net. Les deux infractions comportent des éléments bien différents. L'infraction d'enlèvement vise à réglementer le commerce international et entre États, la compétence maritime et s'applique en outre aux personnes bénéficiant d'une protection en droit international. L'action de l'État a pour objet d'assurer l'ordre public dans les limites de l'État et est destinée notamment à protéger les jeunes personnes. Plusieurs autres éléments et moyens de défense figurent dans une disposition mais non dans l'autre. Les intérêts en jeu sont différents et il s'agit de poursuivants différents qui fonctionnent indépendamment les uns des autres. Des situations analogues peuvent se présenter au Canada: voir *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *R. v. Chiasson* (1982), 135 D.L.R. (3d) 499 (C.A.N.-B.), confirmé [1984] 1 R.C.S. 266. Au Canada, toutefois, ces situations ne se manifestent pas d'une manière aussi frappante parce que le droit criminel relève exclusivement du Parlement, mais, d'un autre côté, ce sont souvent les mêmes poursuivants qui s'y trouvent impliqués.

I am not troubled by the possibility that had the prosecution for the state offence been tried with the federal offence, Schmidt might well have been acquitted of the state offence. The fact is, of course, that this could not have happened. The federal court had no jurisdiction over the state offence. The only way the state authorities could enforce their laws was by prosecuting in their own courts. I see nothing sufficiently oppressive in this situation to warrant refusing surrender on the basis that such a prosecution, *ipso facto*, violates the principles of fundamental justice. It is interesting that, as we saw, the United States Supreme Court has repeatedly held that successive prosecutions at the federal and state level do not automatically offend against the due process clause, the spirit and content of which bears some resemblance to s. 7 of the *Charter*, although the courts would act to prevent oppressive behaviour; see *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377 (1922); *Bartkus v. Illinois*, *supra*; *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959).

For these reasons, I do not think that surrendering the appellant Schmidt under these circumstances constitutes a breach of s. 7 of the *Charter*.

Conclusion

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I agree with Justice La Forest for the reasons given by him that this Court has jurisdiction to hear this appeal. I also agree with La Forest J. when he states, at p. 518, that:

There can be no doubt that the actions undertaken by the Government of Canada in extradition as in other matters are subject to scrutiny under the *Charter* (s. 32). Equally, though, there cannot be any doubt that the *Charter* does not govern the actions of a foreign country; see, for example, *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278. In particular the *Charter* cannot be given extraterritorial effect to govern how criminal proceedings in a foreign country are to be conducted.

Je ne suis pas préoccupé par la possibilité que, si l'infraction à la loi de l'État avait été poursuivie en même temps que l'infraction fédérale, Schmidt eût bien pu être acquittée relativement à celle-là. En réalité, cela était évidemment impossible. Le tribunal fédéral ne pouvait connaître de l'infraction à la loi de l'État. Ce n'était qu'en engageant des poursuites devant ses propres tribunaux que les autorités de l'État pouvaient assurer l'application de ses lois. Je ne vois en cela rien qui soit opprimant au point de justifier que l'on refuse l'extradition pour le motif qu'une telle poursuite constitue *ipso facto* une entorse aux principes de justice fondamentale. Il est intéressant que, comme nous l'avons déjà vu, la Cour suprême des États-Unis ait souvent conclu que des poursuites successives au niveau fédéral et au niveau de l'État, ne contreviennent pas automatiquement à la clause relative au caractère équitable des procédures, clause dont l'esprit et la teneur ressemblent à certains égards à l'art. 7 de la *Charte*. Les tribunaux agiraient cependant pour empêcher toute conduite oppressive: voir *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377 (1922); *Bartkus v. Illinois*, précité; *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959).

Pour ces motifs, j'estime que l'extradition de l'appelante Schmidt dans les circonstances ne constitue pas une violation de l'art. 7 de la *Charte*.

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Je suis d'accord avec le juge La Forest, pour les motifs qu'il donne, que cette Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi. Je suis également d'accord avec le juge La Forest lorsqu'il dit, à la p. 518:

Il ne fait pas de doute que les actes entrepris par le gouvernement du Canada en matière d'extradition, comme dans d'autres domaines, sont assujettis au contrôle prévu par la *Charte* (art. 32). Il est cependant tout aussi certain que la *Charte* ne s'applique pas aux actes d'un pays étranger: voir, par exemple, l'arrêt *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278. En particulier, on ne saurait donner à la *Charte* un effet qui la rendrait applicable à la conduite de procédures criminelles dans un pays étranger.

I also agree with him when he says (at p. 522):

I have no doubt either that in some circumstances the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender, whether that course of conduct is justifiable or not under the law of that country, may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances.

I therefore share the view that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* should not, save special circumstances, be given extraterritorial effect by refusing to conduct a hearing or surrender a person on the grounds that the prospective trial would be in violation thereof. Sharing the view of La Forest J. that the *Charter* applies to the proceedings taking place in Canada, I am however of the view that a person undergoing extradition proceedings is a "person charged with an offence" as that term is used in s. 11 of the *Charter*. Indeed, I do not see why a person undergoing such an inquiry for the purpose of determining whether there is sufficient evidence to put that person on trial in a foreign country should be denied the protection that would be afforded that same person at his preliminary inquiry for a charge to be tried in a Canadian court. Therefore, as the proceedings in Canada are in the nature of a preliminary inquiry, those rights of ss. 7 to 14, including s. 11, guaranteed accused at that stage of the criminal proceedings in Canada are also guaranteed to those being subjected to extradition proceedings. Some obviously do not apply to preliminary inquiries and should normally not apply to extradition proceedings. That is the case of a plea of *autrefois acquit*, whether raised under s. 11(h) or s. 7. Such a plea is generally considered to be premature at the stage of the preliminary inquiry and should generally be raised at the trial (*R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480, at pp. 507-08). But what if the foreign country where the trial is to take place does not allow pleas of *autrefois acquit* as between, as in this case, federal and state prosecutions? Should this not be a situation where we should allow the plea to be raised at this phase of the proceedings because we feel that, to use the words of La Forest J., "it would violate the principles of fundamental justice to surrender an

Je suis également d'accord avec lui lorsqu'il dit (à la p. 522):

Je ne doute pas non plus que dans certaines situations le traitement que l'État étranger réservera au fugitif extradé, que ce traitement soit ou non justifiable en vertu des lois de ce pays-là, peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances.

b

Je partage donc l'opinion qu'on ne devrait pas, si ce n'est dans des circonstances spéciales, donner à la *Charte canadienne des droits et libertés* un effet extra-territorial en refusant de mener une enquête ou de livrer une personne pour le motif que le procès éventuel violerait ses dispositions. Je partage l'opinion du juge La Forest que la *Charte* s'applique aux procédures qui se déroulent au Canada, mais je suis toutefois d'avis qu'une personne qui fait l'objet de procédures d'extradition est un «inculpé» au sens que prend ce mot à l'art. 11 de la *Charte*. À vrai dire, je ne vois pas pourquoi une personne qui subit une telle enquête, dont l'objet est de déterminer s'il y a suffisamment de preuves pour la renvoyer à son procès dans un pays étranger, ne pourrait pas bénéficier de la protection qu'on lui accorderait à son enquête préliminaire relativement à une accusation en vue d'un procès devant un tribunal canadien. Par conséquent, comme les procédures au Canada sont de la nature d'une enquête préliminaire, les droits que les art. 7 à 14, y compris l'art. 11, garantissent à l'inculpé à ce stade des procédures criminelles au Canada sont également garantis aux personnes qui font l'objet de procédures d'extradition. Certains ne s'appliquent de toute évidence pas aux enquêtes préliminaires et ne devraient normalement pas s'appliquer aux procédures d'extradition. C'est le cas d'un plaidoyer d'*autrefois acquit*, qu'il soit soulevé en vertu de l'al. 11h) ou de l'art. 7. Généralement considéré comme prématuré au stade de l'enquête préliminaire, il devrait généralement être soulevé au procès (*R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480, aux pp. 507 et 508). Mais que se passe-t-il si le pays étranger où le procès doit avoir lieu n'accepte pas les plaidoyers d'*autrefois acquit* à l'égard de décisions, comme en l'espèce, rendues dans des poursuites au niveau fédéral et au niveau des États? Ne serait-ce pas là une situation où nous

accused under those circumstances"? As regards *autrefois acquit* or *convict* I think so. But this finding will not enure to the benefit of appellant as I share the view of La Forest J. that in this case that special plea should not succeed because "The two offences involve quite different elements."

I would accordingly dismiss this appeal.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of my colleague, Justice La Forest, but am unable to concur in them although I concur in his proposed disposition of the appeal.

In my view, no question arises in this case of the extradition court giving the *Charter of Rights and Freedoms* extraterritorial effect so as to govern the criminal process in another country or of the extradition court entertaining defences on the merits to the foreign charge. The issue, in my respectful view, is whether a Canadian citizen who is the subject of extradition proceedings in a Canadian court can plead the *Charter* in those Canadian proceedings. I would have thought that he or she clearly can.

The appellant pleads ss. 11(h) and 7 not, I emphasize, as a defence in the projected trial in the State of Ohio, but as a defence to the extradition court's grant of an order committing her to prison to await the decision of the executive branch of government whether or not to surrender her to the U.S. authorities. Her argument in a nutshell is that the extradition court would be violating her ss. 11(h) and 7 rights if it made such an order.

This Court held in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R.

devrions permettre que le plaidoyer soit soulevé à ce stade des procédures parce que nous estimons que, pour reprendre les mots du juge La Forest, «ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances»? En ce qui concerne les plaidoyers d'autrefois acquit ou convict, je crois que oui. Mais cette conclusion ne profitera pas à l'appelante, car je partage l'opinion du juge La Forest que, en l'espèce, ce moyen de défense spécial doit échouer parce que «Les deux infractions comportent des éléments bien différents».

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du juge La Forest. Toutefois, je suis incapable d'y souscrire, quoique je souscrive à la solution qu'il propose de donner au pourvoi.

À mon avis, la question qui se pose en l'espèce n'est pas de savoir si le tribunal d'extradition donne à la *Charte canadienne des droits et libertés* un effet extra-territorial, de façon à régir la procédure criminelle d'un autre pays, ni de savoir si le tribunal d'extradition connaît de moyens de défense au fond invoqués contre l'inculpation étrangère. La question qu'il faut se poser, à mon humble avis, est de savoir si un citoyen canadien qui fait l'objet de procédures d'extradition devant un tribunal canadien peut invoquer la *Charte* dans le cadre de ces procédures canadiennes. J'aurais pensé qu'il était clair que c'était le cas.

L'appelante invoque l'al. 11(h) et l'art. 7 non pas, je le souligne, comme moyen de défense dans le cadre du procès à venir dans l'État d'Ohio, mais comme moyen de défense contre la délivrance par le tribunal d'extradition d'une ordonnance de détention en attendant la décision de l'exécutif du gouvernement de la remettre ou non aux autorités américaines. Voici son argument en un mot: le tribunal d'extradition violerait les droits que lui garantissent l'al. 11(h) et l'art. 7 s'il rendait cette ordonnance.

Cette Cour a déjà jugé dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985]

177, that the deportation of any person in Canada (let alone a Canadian citizen) to a country where his or her life, liberty or security of the person was threatened would constitute a violation of s. 7 if the deportation order was not made in accordance with the principles of fundamental justice. It is clear from *Singh* that it is the process in Canada which must comply with fundamental justice. The appellant submits that to permit her extradition to the United States to face a trial on a charge on which she has already been tried and acquitted would be contrary to the principles of fundamental justice and, in particular, to the principle reflected in s. 11(h). We know that that principle will not avail the appellant in the Ohio court. It is not a defence there. But the question is: is it a defence to the respondents' claim for an order committing the appellant to prison to await the discretionary decision of the Executive? This, it seems to me, is the question before us. A similar question will confront the Executive when it has to decide whether or not to make the extradition order since acts of the Executive are also subject to *Charter* review: see *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441. But that is not before us: only the issue as it relates to the Canadian court proceedings is before us.

My point of departure from La Forest J. is that he appears to think that the recognition of *Charter* rights in the Canadian proceedings would be to give extraterritorial effect to the *Charter* and constitute an interference with the processes of the foreign court. I must respectfully disagree. If the Court refuses to commit the appellant to prison for extradition in the discretion of the Executive because to do so would violate the appellant's *Charter* rights, the *Charter* is not being given extraterritorial effect. The effect is right here in Canada, in the Canadian proceedings, although it will, of course, have repercussions abroad. But there is nothing wrong in this. We would not permit a Canadian citizen to be extradited for torture in a foreign land on the basis that to refuse to permit it would be to give the *Charter* extrater-

1 R.C.S. 177, que l'expulsion de tout individu se trouvant au Canada (à fortiori d'une citoyenne canadienne) à destination d'un pays où sa vie, sa liberté ou la sécurité de sa personne est menacée constituerait une violation de l'art. 7 si l'ordonnance d'expulsion n'est pas rendue conformément aux principes de justice fondamentale. L'arrêt *Singh* montre clairement que c'est la procédure qui se déroule au Canada qui doit être conforme à la justice fondamentale. L'appelante fait valoir qu'autoriser son extradition aux États-Unis en vue d'être jugée pour une infraction pour laquelle elle a déjà été jugée et acquittée serait contraire aux principes de justice fondamentale et, notamment, à celui qu'exprime l'al. 11h). Nous savons que l'appelante ne pourra invoquer ce principe devant le tribunal d'Ohio. Ce n'est pas un moyen de défense là-bas. Mais la question se pose: est-ce un moyen de défense opposable à la demande des intimés sollicitant une ordonnance de détention de l'appelante en attendant la décision discrétionnaire de l'exécutif? C'est là, me semble-t-il, la question dont nous sommes saisis. L'exécutif sera confronté à une question analogue lorsqu'il aura à décider d'ordonner l'extradition ou non, puisque les actes de l'exécutif sont aussi soumis à la *Charte*: voir l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441. Mais ce n'est pas la question dont nous sommes saisis: la question ne nous intéresse que dans la mesure où elle est reliée aux procédures devant le tribunal canadien.

Là où je suis en désaccord avec le juge La Forest, c'est quand il paraît penser que reconnaître l'application des droits conférés par la *Charte* dans les procédures canadiennes équivaudrait à donner un effet extra-territorial à la *Charte* et constituerait une ingérence dans les voies de droit d'un tribunal étranger. Avec égards, je ne saurais y souscrire. Si le tribunal refuse d'ordonner la détention de l'appelante en attendant son extradition, à la discrétion de l'exécutif, parce que ce serait là violer les droits que la *Charte* confère à l'appelante, la *Charte* n'en acquerrait pas pour autant un effet extra-territorial. L'effet a lieu ici même au Canada, dans les procédures canadiennes, quoique cela ait évidemment des repercussions à l'étranger. Mais il n'y a rien de mal à cela. Nous n'autoriserions pas l'extradition d'un citoyen cana-

ritorial effect. We did not take that approach in *Singh* or in *Operation Dismantle*. If the participation of a Canadian court or the Canadian Government is required in order to facilitate extradition so that suspected criminals may be brought to justice in other countries, it seems to me that we must face up to the question whether such persons have the benefit of the *Charter* or not in the Canadian proceedings. We must, in other words, decide whether Canada's treaty obligations override *Charter* rights in respect of the Canadian proceedings or whether *Charter* rights must be recognized in those proceedings whether or not similar rights are available to the person in the foreign proceedings for which he or she may be ordered extradited.

In my view, *Charter* rights which are enshrined in our Constitution as part of the supreme law of Canada must be recognized and given effect in any judicial proceeding in Canada unless a reasonable limit justified under s. 1 has been imposed upon them. The Ontario Court of Appeal has held that the extradition process is itself a reasonable limit: see *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385 (Ont. C.A.) I do not find it necessary to express a view on this very important question in this case since I think the appellant has failed to establish that the offence in Ohio is the same offence as the offence under the *United States Code*.

In approaching the issue of the sameness of the offences I think it is important for the Canadian court to apply its mind first to the question of what law is properly applicable to determine whether two offences in foreign jurisdictions are or are not the same. It seems to me that two steps are required. First, the meaning, purpose and effect of each of the foreign laws must be independently ascertained. This is done, I believe, under Canadian conflict of laws rules by reference to the law of the respective foreign jurisdictions. Expert evidence will have to be adduced in the Canadian

dien menacé de torture dans une terre étrangère pour la simple raison que refuser de l'autoriser conférerait à la *Charte* un effet extra-territorial. Nous n'avons pas adopté ce point de vue dans l'arrêt *Singh* ni dans l'arrêt *Operation Dismantle*. Si la participation d'un tribunal canadien ou du gouvernement canadien est requise pour faciliter une extradition, afin de traduire en justice dans d'autres pays des suspects, il me semble que nous devons accepter de nous demander si ces individus sont protégés par la *Charte* dans les procédures canadiennes. Nous devons, en d'autres termes, décider si les obligations conventionnelles du Canada ont prépondérance sur les droits conférés par la *Charte* dans le cas de procédures canadiennes ou si ces droits doivent être reconnus dans ces procédures que la personne jouisse ou non de droits analogues dans les procédures étrangères pour lesquelles elle peut être extradée.

À mon avis, les droits conférés par la *Charte*, qui sont inscrits dans notre Constitution et font ainsi partie intégrante de la loi fondamentale du Canada, doivent être reconnus et recevoir effet dans toute instance judiciaire se déroulant au Canada, à moins qu'une restriction raisonnable, justifiée selon l'article premier, ne les limite. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le processus d'extradition lui-même constitue une restriction raisonnable. Voir l'arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Ont.) Je n'estime pas nécessaire d'exprimer une opinion en l'espèce sur cette question fort importante, puisque je pense que l'appelante n'a pas démontré que l'infraction de l'Ohio est la même que celle prévue au *United States Code*.

Quand on s'interroge sur l'identité de deux infractions, je pense qu'il importe que le tribunal canadien recherche d'abord quelle loi est applicable pour décider si deux infractions dans des ressorts étrangers sont ou ne sont pas identiques. Il me semble qu'il faut procéder en deux étapes. Premièrement, le sens, l'objet et l'effet de chaque loi étrangère doivent être établis indépendamment. Cela doit se faire, je pense, selon les règles du droit international privé canadien, par renvoi aux lois respectives des ressorts étrangers. Des experts doivent alors déposer à ce sujet devant le tribunal

court. Second, the foreign laws would then be compared in light of their respective meaning, purpose and effect to determine whether or not the offences created under them are the same. This would be done, in my view, by resort to Canadian domestic law, in this case the law set out by this Court in *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480. While it is entirely appropriate for the foreign law to interpret and explain the nature, purpose and effect of its own offences, the comparison of these offences for purposes of the application of the Canadian double jeopardy principle would seem to be peculiarly for Canadian law. I do not believe, however, that the two steps can be collapsed into one.

The witness Spiros Gonakis, who was qualified as an expert witness in both Ohio and federal criminal law, was prepared to collapse them into one and gave his expert opinion not only as to the nature of the two foreign offences under review but also as to the degree of their identity for double jeopardy purposes, even although he acknowledged that double jeopardy was not a defence to the Ohio charge under Ohio law. He testified that the two offences were the same. He acknowledged, however, that the essential elements of the offences were not the same and that the defences to the charges were different. Steele J. therefore disregarded his opinion as to their sameness and so also did the Court of Appeal.

It seems to me that counsel for the appellant failed at the extradition hearing to discharge the burden that was his under ss. 7 and 11(h) of the *Charter* of showing that the federal and Ohio offences were the same offence. In failing to establish that, he failed to establish that the appellant's *Charter* rights would be violated if the order sought by the respondents was made. This is determinative of the issues in the case.

For these reasons I agree with the disposition of the appeal proposed by La Forest J. I also agree with La Forest J. for the reasons given by him that this Court had jurisdiction to entertain this appeal.

canadien. En second lieu, les lois étrangères sont alors comparées sous l'angle de leur sens, de leur objet et de leur effet respectifs pour déterminer si les infractions qu'elles créent sont identiques. Cela est fait, à mon avis, par recours au droit interne canadien, en l'espèce, la règle dégagée par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480. S'il est tout à fait approprié que la loi étrangère interprète et explique la nature, l'objet et l'effet de ses propres infractions, la comparaison de ces infractions, quand est en cause le principe canadien du double péril, semble manifestement réservée au droit canadien. Je ne crois pas, cependant, que ces deux étapes puissent être confondues en une seule.

Le témoin Spiros Gonakis, qualifié d'expert tant en droit pénal fédéral qu'en droit de l'Ohio, voulait les fusionner en une seule et a donné son opinion d'expert non seulement sur la nature des deux infractions étrangères en cause, mais aussi sur la mesure dans laquelle elles seraient identiques pour les fins du double péril, tout en reconnaissant que ce principe n'était pas un moyen de défense opposable à l'inculpation fondée sur le droit de l'Ohio. Selon son témoignage, les deux infractions sont identiques. Il a reconnu toutefois que les éléments essentiels des infractions diffèrent et que les moyens de défense possibles diffèrent aussi. Le juge Steele, de même que la Cour d'appel, a donc écarté cette opinion quant à leur identité.

Il me semble que, à l'audience d'extradition, l'avocat de l'appelante ne s'est pas acquitté de la charge qui lui était impartie, en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11h) de la *Charte*, de démontrer que l'infraction fédérale était la même que celle de l'État d'Ohio. N'étant pas parvenu à le démontrer, il n'est pas parvenu à démontrer qu'il y aurait violation des droits conférés par la *Charte* à l'appelante si l'ordonnance que recherchaient les intimés était rendue. Cela suffit à mettre fin au litige en l'espèce.

Par ces motifs, je souscris à la solution apportée au pourvoi par le juge La Forest. Je conviens aussi avec lui, pour les motifs qu'il donne, que la Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi.

I have now had the benefit also of the reasons of my colleague, Justice Lamer, and, while I am in complete agreement with him as to the applicability of the *Charter* to the appellant's extradition proceedings (leaving aside s. 1), I have some reservations about his view that a person, by virtue of being the subject of extradition proceedings in Canada, is a "person charged with an offence" in Canada within the meaning of the opening words of s. 11. I rely rather on the fact that the opening words of s. 11 are not subject to geographical limitation. The appellant is indisputably a "person charged with an offence", albeit not in Canada but in Ohio, i.e., the offence of child-stealing, but she is a person "in Canada" entitled to the protection of ss. 7 and 11(h) in any proceedings being conducted in Canada with a view to such a charge, whether such proceeding itself partakes of a trial or not. It is on this basis that I conclude somewhat tentatively that the appellant would have been entitled to the protection of s. 11(h) (subject, of course, to the application of s. 1 which I leave open) had she been able to discharge the burden of showing that she was charged with the same offence in Ohio as she had been acquitted of under the *United States Code*. If, however, there is doubt as to whether the appellant falls within the strict wording of s. 11(h), it would seem to me that she clearly falls within the broader language of s. 7 and is entitled to the protection of that section in the extradition proceedings subject again to the application of s. 1.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Jack L. Pinkofsky, Toronto.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

J'ai maintenant eu l'avantage de prendre aussi connaissance des motifs du juge Lamer. Tout en convenant parfaitement avec lui de l'applicabilité de la *Charte* aux procédures d'extradition de l'appelante (sans trancher la question de l'article premier), j'ai néanmoins quelques réserves quand il dit qu'une personne qui fait l'objet de procédures d'extradition au Canada est un «inculpé» au Canada aux termes de la disposition liminaire de l'art. 11. Je rappellerai plutôt que cette disposition ne fait l'objet d'aucune réserve géographique. L'appelante est, on ne saurait prétendre le contraire, une «inculpée», quoiqu'elle ne le soit pas au Canada, mais en Ohio, c.-à-d. inculpée de vol d'enfant, mais il s'agit d'une personne se trouvant «au Canada», qui a droit à la protection de l'art. 7 et de l'al. 11h) dans toutes procédures se déroulant au Canada concernant cette inculpation, que ces procédures tiennent ou non du procès. C'est sur cette base que je serais portée à conclure que l'appelante aurait eu droit à la protection de l'al. 11h) (sous réserve, bien entendu, de l'application de l'article premier, question que je laisse en suspens) si elle avait pu démontrer qu'elle était inculpée en Ohio de la même infraction que celle pour laquelle elle avait été acquittée en vertu du *United States Code*. On peut douter que l'appelante puisse se prévaloir de l'al. 11h) au texte fort strict, mais il me semble clair qu'elle peut profiter de l'art. 7, au texte beaucoup plus large et qu'elle a droit à sa protection dans des procédures d'extradition, sous réserve encore une fois de l'application de l'article premier.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Jack L. Pinkofsky, Toronto.

Procureur des intimés: Roger Tassé, Ottawa.

The Republic of Argentina *Appellant*

v.

Hector Mellino *Respondent*

INDEXED AS: ARGENTINA v. MELLINO

File No.: 19272.

1985: December 19; 1987: May 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S
BENCH FOR ALBERTA

Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Extradition — Application for extradition dismissed by extradition judge — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to entertain appeal — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 2(1), 41.

Constitutional law — Charter of Rights — Application of Charter — Trial within a reasonable time — Extradition — Seventeen-month delay between respondent's discharge following the first extradition hearing and the initiation of the second — Delay not attributable to Canadian authorities — Whether s. 11(b) of the Charter applicable to an extradition hearing — Whether Charter applicable to the action of a foreign country — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Abuse of process — Seventeen-month delay between respondent's discharge following the first extradition hearing and the initiation of the second — Delay not attributable to Canadian authorities — Whether such delay constitutes an abuse of process and contravenes s. 7 of the Charter — Whether s. 7 applicable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Whether superior court judge, acting as extradition judge, a court of competent jurisdiction to grant remedies under s. 24(1) of the Charter.

Extradition — Jurisdiction of extradition judges — Whether extradition judge has jurisdiction to administer Charter remedies or to deal with defences that could be raised at trial.

Respondent is alleged to have killed his wife at their home in Argentina. Shortly after his entry to Canada, a warrant of apprehension under the *Extradition Act* was

République d'Argentine *Appelante*

c.

Hector Mellino *Intimé*^a RÉPERTORIÉ: ARGENTINE c. MELLINO

N° du greffe: 19272.

1985: 19 décembre; 1987: 14 mai.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE DE
L'ALBERTA

^c *Appel — Cour suprême du Canada — Compétence — Extradition — Rejet d'une demande d'extradition par un juge d'extradition — Compétence de la Cour suprême du Canada pour entendre le pourvoi — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 2(1), 41.*

^d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la Charte — Procès dans un délai raisonnable — Extradition — Retard de dix-sept mois entre la libération de l'intimé après la première audience d'extradition et le début de la seconde — Retard non attribuable aux autorités canadiennes — Applicabilité de l'art. 11b) de la Charte à une audience d'extradition — Applicabilité de la Charte aux actes d'un pays étranger — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 32.*

^f *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Abus des procédures — Retard de dix-sept mois entre la libération de l'intimé après la première audience d'extradition et le début de la seconde — Retard non attribuable aux autorités canadiennes — Ce retard constitue-t-il un abus des procédures et contrevient-il à l'art. 7 de la Charte? — L'article 7 s'applique-t-il? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 32.*

^h *Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — Un juge de cour supérieure, agissant à titre de juge d'extradition, est-il un tribunal compétent pour accorder des réparations en vertu de l'art. 24(1) de la Charte?*

ⁱ *Extradition — Compétence des juges d'extradition — Un juge d'extradition a-t-il compétence pour appliquer les réparations prévues dans la Charte ou pour examiner les moyens de défense qui pourraient être soulevés au procès?*

^j On reproche à l'intimé d'avoir tué sa femme chez eux en Argentine. Peu après son entrée au Canada, un mandat d'arrestation fut lancé en vertu de la *Loi sur*

issued and he was arrested on November 30, 1982. Held in custody until the extradition hearing, he was set free on February 1, 1983 when appellant failed to produce the necessary documentation within two months of the arrest as required by article XIV of the extradition treaty between Canada and Argentina. In June 1984, appellant made a second request for extradition and respondent was again arrested. At the outset of the extradition hearing on December 10, 1984, respondent made an application to have the proceedings stayed on two grounds: (1) that there was an infringement of s. 11(b) of the *Charter* (trial within a reasonable time); and (2) that the extradition proceedings constituted an abuse of process. The extradition judge found that respondent's right under s. 11(b) had been infringed, and pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, dismissed the application for extradition and discharged him. The extradition judge held that in the absence of any reasonable explanation, the seventeen-month delay between the discharge of the respondent because of evidentiary problems in the first extradition proceedings and the institution of the second proceedings was inordinate.

Held (Lamer J. dissenting): The appeal should be allowed and the matter remitted to the extradition judge to continue the proceedings in accordance with the law.

(1) *The Jurisdictional Issue*

This Court has jurisdiction to entertain the present appeal pursuant to s. 41 of the *Supreme Court Act*. In dismissing the application for extradition and discharging the respondent, the superior court judge, acting as an extradition judge, made a final judgment within the meaning of s. 41. The decision of this Court in *United States of America v. Link and Green*, [1955] S.C.R. 183, which reached the opposite conclusion, is inconsistent with the reasoning of this Court in more recent cases and should no longer be followed.

Cases Cited

Overruled: *United States of America v. Link and Green*, [1955] S.C.R. 183; **considered:** *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; **referred to:** *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228; *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 60.

(2) *The Charter and the Abuse of Process Issues*

Per Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ.: The extradition judge erred in dismissing the application for extradition on the ground that the

l'extradition et il a été arrêté le 30 novembre 1982. Il a été détenu jusqu'à l'audience d'extradition et a été mis en liberté le 1^{er} février 1983 lorsque l'appelante n'a pas réussi à produire la documentation nécessaire dans les deux mois qui suivent l'arrestation, comme l'exige l'article XIV du traité d'extradition entre le Canada et l'Argentine. En juin 1984, l'appelante a présenté une seconde demande d'extradition et l'intimé a été arrêté de nouveau. Le 10 décembre 1984, au début de l'audience d'extradition, l'intimé a présenté une demande en vue d'obtenir une suspension des procédures pour deux motifs: (1) il y avait eu violation de l'al. 11b) de la *Charte* (procès dans un délai raisonnable); et (2) les procédures d'extradition étaient abusives. Le juge d'extradition a conclu qu'on avait porté atteinte au droit reconnu à l'intimé par l'al. 11b) et, en se fondant sur le par. 24(1) de la *Charte*, il a rejeté la demande d'extradition et a remis l'intimé en liberté. Le juge d'extradition a conclu qu'à défaut de toute explication raisonnable la période de dix-sept mois qui s'est écoulée entre la libération de l'intimé à cause de problèmes de preuve éprouvés dans les premières procédures d'extradition et l'institution des secondes procédures était excessive.

Arrêt (le juge Lamer est dissident): Le pourvoi est accueilli et l'affaire renvoyée au juge d'extradition pour que les procédures suivent leur cours conformément à la loi.

(1) *La question de compétence*

Cette Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi en application de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*. En rejetant la demande d'extradition et en libérant l'intimé, le juge de cour supérieure, agissant à titre de juge d'extradition, a rendu un jugement définitif au sens de l'art. 41. L'arrêt de cette Cour *United States of America v. Link and Green*, [1955] R.C.S. 183, qui a tiré la conclusion contraire, est inconciliable avec le raisonnement adopté par cette Cour dans des arrêts plus récents et ne doit plus être suivi.

h Jurisprudence

Arrêt renversé: *United States of America v. Link and Green*, [1955] R.C.S. 183; **arrêts examinés:** *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; **arrêts mentionnés:** *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228; *Goldhar v. The Queen*, [1960] R.C.S. 60.

(2) *Les questions relatives à la Charte et à l'abus des procédures*

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest: Le juge d'extradition a commis une erreur en rejetant la demande d'extradition pour le

respondent's right under s. 11(b) of the *Charter* has been infringed. Section 11 has no application to extradition hearings. It relates only to charges laid by the governments referred to in s. 32 of the *Charter*. Respondent was, of course, never charged in Canada by any of the governments to which the *Charter* applies. The prosecution for the offence was within the jurisdiction of Argentina.

Further, s. 11(b) did not apply to the respondent by virtue of article V of the extradition treaty which provides that extradition shall not take place if "exemption from prosecution or punishment has been acquired by lapse of time, according to the laws of the state applying or applied to". This provision was intended to bring into operation statutes of limitations that exist in some countries prohibiting prosecution for certain crimes after a stated lapse of time. Section 11(b) is not an exemption in that sense. It would require much stronger words to expand the application of our constitutional standards for expeditious prosecutions to the international arena.

The contentions that the proceedings should be stayed because the seventeen-month delay between respondent's discharge following the first extradition hearing and the initiation of the second constitute an abuse of process or a breach of s. 7 of the *Charter* must fail. First, the power to grant a stay for abuse of process, which can be exercised only in the clearest of cases, is not vested in a judge at an extradition hearing. Second, s. 7 had no application in this case because the delay cannot be attributed to Canadian authorities, which is a prerequisite to the application of the *Charter* by virtue of s. 32. The delay arose because of problems by the Argentinian authorities in framing the evidence in a form acceptable under Canadian law. Third, the delay in the present circumstances did not constitute an abuse of process or a contravention of the principles of fundamental justice. One cannot view delay resulting from the complexity involved in dealing with activities that reach across national boundaries and involve different systems of law and several levels of bureaucracies in the same way as that resulting in local prosecutions.

In any event, an extradition judge has no jurisdiction to deal with these issues and to grant the appropriate remedies. The role of the extradition judge is a modest one: absent express statutory or treaty authorization, the sole purpose of an extradition hearing is to ensure that the evidence establishes a *prima facie* case that the extradition crime has been committed. The procedure

motif qu'il y avait eu violation du droit que l'al. 11b) de la *Charte* garantit à l'intimé. L'article 11 ne s'applique pas aux audiences d'extradition. Il s'applique seulement aux accusations portées par les gouvernements visés par l'art. 32 de la *Charte*. L'intimé n'a évidemment jamais été inculpé au Canada par l'un ou l'autre des gouvernements auxquels s'applique la *Charte*. Les poursuites pour l'infraction relèvent de la compétence de l'Argentine.

De plus, l'al. 11b) ne s'applique pas à l'intimé en raison de l'article V du traité d'extradition qui porte qu'il n'y aura pas d'extradition si «la prescription des poursuites ou de la peine est acquise d'après les lois du pays auquel la demande est adressée». Cette disposition était censée faire jouer les lois de prescription qui existent dans quelques pays et qui interdisent les poursuites pour certains crimes à l'expiration d'un délai déterminé. L'alinéa 11b) ne crée pas de délai de prescription en ce sens. Il faudrait une formulation bien plus catégorique pour étendre jusque sur la scène internationale l'application de nos normes constitutionnelles visant à assurer des poursuites expéditives.

Les prétentions qu'il doit y avoir suspension d'instance pour le motif que la période de dix-sept mois qui s'est écoulée entre la libération de l'intimé après la première audience d'extradition et le début de la seconde constitue un abus des procédures ou une violation de l'art. 7 de la *Charte* doit échouer. Premièrement, le pouvoir d'accorder une suspension d'instance pour abus des procédures, qui ne doit être exercé que dans les cas les plus manifestes, n'est pas conféré au juge qui préside une audience d'extradition. Deuxièmement, l'art. 7 ne s'applique pas en l'espèce parce que le retard ne peut être imputé aux autorités canadiennes, ce qui constitue une condition de l'application de la *Charte* suivant l'art. 32. Le retard venait des problèmes qu'ont éprouvés les autorités argentines à présenter la preuve dans une forme acceptable en droit canadien. Troisièmement, le retard dans les présentes circonstances ne constitue pas un abus des procédures ou une contravention aux principes de justice naturelle. On ne saurait assimiler au retard résultant de poursuites locales celui qui est imputable aux complexités inhérentes aux activités d'envergure internationale qui relèvent de différents systèmes de droit et de plusieurs paliers de bureaucraties.

De toute façon, un juge d'extradition n'a pas compétence pour examiner ces questions et pour accorder les réparations appropriées. Le rôle d'un juge d'extradition est modeste: en l'absence d'une autorisation expresse découlant d'une loi ou d'un traité, l'unique but d'une audience d'extradition est de s'assurer que la preuve établit une apparence suffisante de la perpétration d'un

bears a considerable affinity to a preliminary hearing, and the judge's powers have some similarity to those of a magistrate presiding at such a hearing. He has no jurisdiction to deal with defences that could be raised at trial and he has no *Charter* jurisdiction. The fact that an extradition judge is often a superior court judge does not alter the matter.

In the rare cases where the actions of Canadian officials in the extradition proceedings may give rise to the need for *Charter* review, the proceedings are to be reviewed by superior courts by means of a writ of *habeas corpus*. A court in *habeas corpus* proceedings is ordinarily confined to questions of jurisdiction, but as such proceedings are contemplated by Parliament as the sole means of review in extradition proceedings, a court in *habeas corpus* proceedings is obviously the court of competent jurisdiction for the purpose of s. 24 of the *Charter*.

Finally, there is nothing offensive to fundamental justice in surrendering in accordance with our extradition procedures an accused to a foreign country for trial in accordance with its traditional judicial processes for a crime alleged to have been committed there. Our courts must assume that he will be given a fair trial in the foreign country. There may be situations where it would be unjust to surrender a fugitive either because of the general condition of the governmental and judicial apparatus or, more likely, because some particular individual may be subjected to oppressive treatment. In such cases, the courts may, as guardians of the Constitution, on occasion have a useful role to play in reviewing the executive's exercise of discretion to surrender a fugitive. But it is obviously an area in which courts must tread with caution. The decision to surrender and the responsibility for the conduct of external relations, including the performance of Canada's obligations under extradition treaties, is vested in the executive.

Per Wilson J.: Section 11 of the *Charter* is applicable to extradition proceedings and s. 11(b) can properly be invoked when the delay in pursuing extradition in Canada is unreasonable. But any delay relied on under s. 11(b) must be delay caused by the Canadian authorities because under the principles of comity the Canadian court cannot require the foreign authorities to account for their delay. In the present case, the delay was due in large part to the conduct of the Argentinian authorities

crime donnant lieu à l'extradition. Cette procédure s'apparente en bien des points à une enquête préliminaire et les pouvoirs du juge ont des similarités avec ceux d'un magistrat qui préside une telle enquête. Il n'a pas compétence pour examiner les moyens de défense qui pourraient être soulevés au procès et il n'a aucune compétence en vertu de la *Charte*. Le fait qu'un juge d'extradition est souvent un juge de cour supérieure n'y change rien.

Dans les rares cas où les actes de fonctionnaires canadiens dans les procédures d'extradition peuvent donner lieu à un contrôle en vertu de la *Charte*, les procédures doivent être contrôlées par les cours supérieures au moyen d'un bref d'*habeas corpus*. Dans des procédures d'*habeas corpus*, le tribunal ne connaît normalement que de questions de compétence mais, étant donné que le Parlement a envisagé de telles procédures comme seul moyen de contrôle en matière d'extradition, il est évident qu'un tribunal saisi de procédures d'*habeas corpus* est un tribunal compétent aux fins de l'art. 24 de la *Charte*.

Enfin, on ne voit pas en quoi il serait choquant du point de vue de la justice fondamentale qu'un accusé soit livré à un pays étranger conformément à nos procédures d'extradition pour qu'il y soit jugé selon les procédures judiciaires traditionnelles de ce pays pour un crime qu'on lui reproche d'y avoir commis. Nos tribunaux doivent présumer qu'il subira un procès juste dans le pays étranger. On peut concevoir des situations où il serait injuste d'extrader un fugitif soit en raison de l'état général de l'appareil gouvernemental et judiciaire soit, ce qui est plus probable, parce qu'un individu donné pourrait être soumis à un traitement oppressif. En pareils cas, les tribunaux, en tant que gardiens de la Constitution, peuvent à l'occasion jouer un rôle utile en contrôlant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif de livrer un fugitif. Mais ils doivent évidemment faire preuve de circonspection dans ce domaine. La décision d'extrader et la responsabilité des relations extérieures, y compris l'exécution des obligations du Canada en vertu des traités d'extradition, relèvent de l'exécutif.

Le juge Wilson: L'article 11 de la *Charte* s'applique à des procédures d'extradition et l'al. 11b) peut être invoqué lorsque le retard mis à rechercher l'extradition au Canada est déraisonnable, mais tout délai invoqué en vertu de l'al. 11b) doit être un retard imputable aux autorités canadiennes car, selon les principes de courtoisie internationale, le tribunal canadien ne peut pas demander aux autorités étrangères de rendre compte de leur retard. En l'espèce, le retard est dû en grande partie

and the extradition judge therefore was in error in discharging the respondent on the basis of s. 11(b).

Respondent's argument that the delay in the extradition proceedings constituted an abuse of process or a violation of s. 7 of the *Charter* must also fail since the essence of respondent's complaint was again the delay caused in large part by the Argentinian authorities.

An application may be made to an extradition judge under s. 24(1) of the *Charter* if, as in this case, he is also a superior court judge.

Per Lamer J. (dissenting): Section 11 of the *Charter* generally applies to extradition proceedings taking place in Canada in so far as it would apply to a preliminary inquiry. The right to be tried within a reasonable time is one of the rights guaranteed by s. 11 which is applicable to a preliminary inquiry and an extradition hearing. The liberty and security of the person subjected to the extradition hearing are affected by the holding of a hearing, and the principles of fundamental justice require that that hearing be resolved in a speedy manner. In the case at bar, the computation of time for the purposes of s. 11(b) started to run when the first extradition proceedings were instituted. If the seventeen-month delay between the discharge of the respondent in the first hearing and the institution of the second proceedings is unexplained, such delay constitutes an infringement of the right to be tried within a reasonable time under s. 11(b). It is irrelevant whether that delay was due to the acts of the Argentinian or the Canadian authorities.

An extradition judge is not a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24(1) of the *Charter* and an applicant should normally seek remedy in the superior court. However, as a matter of practice, an application under s. 24(1) can be made to the extradition judge if he is also a superior court judge. At the time of the application in this case, the law as to who had jurisdiction under s. 24(1) was not clear, and it might well be that, as a result, the authorities did not attempt to explain and justify the otherwise unacceptable delay. Consequently, the matters should be remitted to the superior court judge presiding at the extradition proceedings for completion of the s. 24(1) hearing and, subject to the decision on that issue, to terminate the extradition proceedings either way.

au comportement des autorités argentines et le juge d'extradition a donc commis une erreur en libérant l'intimé sur le fondement de l'al. 11b).

a L'argument de l'intimé que le délai dans les procédures d'extradition constitue un emploi abusif des procédures ou une violation de l'art. 7 de la *Charte* doit également échouer puisque essentiellement la plainte de l'intimé porte sur le délai imputable en grande partie b aux autorités argentines.

Une requête peut être adressée à un juge d'extradition en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, si, comme en l'espèce, il est également un juge de cour supérieure.

c

Le juge Lamer (dissident): L'article 11 de la *Charte* s'applique de façon générale aux procédures d'extradition qui ont lieu au Canada dans la mesure où il s'appliquerait à une enquête préliminaire. Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est un des droits garantis par l'art. 11, qui est applicable à une enquête préliminaire et à une audience d'extradition. La liberté et la sécurité de la personne soumise à l'audience d'extradition sont menacées par la tenue d'une audience et les principes de justice fondamentale exigent que l'audience soit complétée rapidement. En l'espèce, le calcul aux fins de l'al. 11b) commençait à courir au moment où les premières procédures d'extradition ont été entamées. Le retard de dix-sept mois entre la libération de l'intimé à la première audience et le commencement des secondes procédures, s'il demeure inexpliqué, constitue une violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable énoncé à l'al. 11b). La question de savoir si le retard est dû aux actes des autorités argentines ou canadiennes n'a g aucune importance.

Un juge d'extradition n'est pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* et un requérant doit normalement s'adresser à une cour supérieure. Cependant, en pratique, une demande fondée sur le par. 24(1) peut être adressée au juge d'extradition s'il est également un juge de cour supérieure. À l'époque de la demande en l'espèce, le droit n'était pas encore fixé quant à savoir qui avait compétence en vertu du par. 24(1) et il se pourrait bien que, en conséquence, les autorités n'aient pas tenté d'expliquer et de justifier le retard par ailleurs inacceptable. L'affaire doit donc être renvoyée au juge de cour supérieure qui présidait les procédures d'extradition pour qu'il complète l'audience tenue en vertu du par. 24(1) et, sous réserve de la décision sur cette question, pour terminer les procédures d'extradition en conséquence.

Cases Cited

By La Forest J.

Followed: *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; **applied:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; **referred to:** *Jhirad v. Ferrandina*, 536 F.2d 478 (1976); *Sabatier v. Dabrowski*, 586 F.2d 866 (1978); *Matter of Burt*, 737 F.2d 1477 (1984); *R. v. Brixton Prison (Governor of)*, *Ex parte Van der Auwera*, [1907] 2 K.B. 157; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. v. Morton and Thompson* (1868), 19 U.C.C.P. 9; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Attorney-General of Hong Kong v. Kwok-A-Sing* (1873), L.R. 5 P.C. 179; *Re Harsha (No. 2)* (1906), 11 C.C.C. 62; *Armstrong v. State of Wisconsin*, [1972] F.C. 1228; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518; *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 10 C.C.C. (3d) 97; *Re Insull*, [1933] 3 D.L.R. 709; *Re United States of America and Smith* (1984), 10 C.C.C. (3d) 540; *United States of America v. Beaurone* (1983), 27 Sask. R. 136; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385; *Royal Government of Greece v. Brixton Prison Governor*, [1969] 3 All E.R. 1337.

By Wilson J.

Referred to: *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564.

By Lamer J. (dissenting)

Canada v. Schmidt, [1987] 1 S.C.R. 500; *Carter v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 981; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b), 24(1), 32.
Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21.
 Extradition Treaty Between the Argentina Republic and Great Britain, S.C. 1894, p. xlii, art. V, XIV.
Fugitive Offenders Act, R.S.C. 1970, c. F-32, s. 17.
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 2(1) "the court appealed from", "final judgment", 41 [am. 1974-75-76, c. 18, s. 5].

Authors Cited

Booth, V. E. Hartley. *British Extradition Law and Procedure*, vol. 1. Alphen Aan den Rijn (The Netherlands): Sijthoff & Noordhoff, 1980.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt suivi: *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; **arrêt appliqué:** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; **arrêts mentionnés:** *Jhirad v. Ferrandina*, 536 F.2d 478 (1976); *Sabatier v. Dabrowski*, 586 F.2d 866 (1978); *Matter of Burt*, 737 F.2d 1477 (1984); *R. v. Brixton Prison (Governor of)*, *Ex parte Van der Auwera*, [1907] 2 K.B. 157; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. v. Young*, (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. v. Morton and Thompson* (1868), 19 U.C.C.P. 9; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Attorney-General of Hong Kong v. Kwok-A-Sing* (1873), L.R. 5 P.C. 179; *Re Harsha (No. 2)* (1906), 11 C.C.C. 62; *Armstrong c. État du Wisconsin*, [1972] C.F. 1228; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 10 C.C.C. (3d) 97; *Re Insull*, [1933] 3 D.L.R. 709; *Re United States of America and Smith* (1984), 10 C.C.C. (3d) 540; *United States of America v. Beaurone* (1983), 27 Sask. R. 136; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385; *Royal Government of Greece v. Brixton Prison Governor*, [1969] 3 All E.R. 1337.

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564.

Citée par le juge Lamer (dissident)

Canada c. Schmidt, [1987] 1 R.C.S. 500; *Carter c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 981; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(b), 24(1), 32.
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 2(1) «la cour dont appel est interjeté», «jugement définitif», 41 [mod. 1974-75-76, chap. 18, art. 5].
Loi sur les criminels fugitifs, S.R.C. 1970, chap. F-32, art. 17.
Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21.
 Traité d'extradition entre la République d'Argentine et la Grande-Bretagne, S.C. 1894, p. xlii, art. V, XIV.

Doctrine citée

Booth, V. E. Hartley. *British Extradition Law and Procedure*, vol. 1. Alphen Aan den Rijn (The Netherlands): Sijthoff & Noordhoff, 1980.

APPEAL from a judgment of Waite J. of the Alberta Court of Queen's Bench¹, acting as an extradition judge, dismissing an application for extradition. Appeal allowed, Lamer J. dissenting.

Douglas J. A. Rutherford, Q.C., and Michael C. Blanchflower, for the appellant.

John D. James, for the respondent.

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

LA FOREST J.—This appeal concerns the application of ss. 7 and 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to extradition proceedings. These provisions read as follows:

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

11. Any person charged with an offence has the right

(b) to be tried within a reasonable time;

The appeal also raises the question of which courts have jurisdiction respecting breaches of the *Charter* in relation to extradition matters.

Facts

On November 8, 1976, the respondent Hector Mellino is alleged to have shot and killed his wife at their home in Mendoza, Argentina. A warrant for his arrest was then issued by the appellant Republic of Argentina on June 27, 1977.

In 1979, Mellino was arrested in Uruguay and extradition proceedings were begun against him. However Argentina was unable to supply the necessary documentation within the time stipulated in its extradition treaty with Uruguay, and Mellino was accordingly released after two to three weeks' imprisonment.

¹ Alta. Q.B., December 11, 1984, No. 8401-1277-CB.

POURVOI contre une décision du juge Waite de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta¹, agissant à titre de juge d'extradition, qui a rejeté une demande d'extradition. Pourvoi accueilli, le juge Lamer est dissident.

Douglas J. A. Rutherford, c.r., et Michael C. Blanchflower, pour l'appelante.

John D. James, pour l'intimé.

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

LE JUGE LA FOREST—Il s'agit d'un pourvoi visant à déterminer l'applicabilité de l'art. 7 et de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à des procédures d'extradition. Ces dispositions sont ainsi conçues:

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:

b) d'être jugé dans un délai raisonnable.

Le pourvoi soulève en outre la question de savoir quels tribunaux ont compétence relativement aux violations de la *Charte* dans des affaires d'extradition.

Les faits

On reproche à l'intimé Hector Mellino d'avoir, le 8 novembre 1976, tué sa femme avec une arme à feu dans leur habitation à Mendoza (Argentine). Le 27 juin 1977, l'appelante, la République d'Argentine, a lancé contre l'intimé un mandat d'arrestation visant l'intimé.

En 1979, Mellino a été arrêté en Uruguay et des procédures d'extradition ont été engagées contre lui. L'Argentine n'a toutefois pu fournir la documentation nécessaire dans les délais stipulés par son traité d'extradition avec l'Uruguay, de sorte qu'il a été élargi après deux ou trois semaines d'emprisonnement.

¹ B.R. Alb., 11 décembre 1984, n° 8401-1277-CB.

Mellino later made his way to the United States and eventually entered Canada in the Fall of 1982. On November 22, 1982, he was arrested in Calgary under the *Immigration Act*. Two days later, on November 24, 1982, a warrant for his apprehension was issued under the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21, and he was arrested on November 30. On December 6, 1982, Mellino was ordered to be held in custody until his extradition hearing, which was set for February 14, 1983. However, he was set free on February 1, 1983. By that time, two months had elapsed from the time of his apprehension, a period that brought into play article XIV of the extradition treaty between Canada and Argentina, which provides for a fugitive's release unless sufficient evidence is produced within that time to warrant his committal for surrender; see *Statutes of Canada*, 1894, p. xlii, at p. xlvii. Article XIV also makes provision for an extension of time but an application for this purpose by the Government of Canada to Brennan J. of the Court of Queen's Bench of Alberta was dismissed and Mellino was set free.

Mellino then applied for convention refugee status under the *Immigration Act*, and was granted that status on December 1, 1983. However, from some time during the Spring of 1983 up to the first half of 1984, meetings were held between officials of the Department of Justice of Canada and of Argentina regarding the preparation of evidence in a form admissible in a Canadian extradition hearing.

On June 19, 1984, Argentina made a second request for extradition. On June 29, a warrant of apprehension was issued by Rowbotham J., and on or about July 17, 1984, Mellino was again arrested. The extradition hearing was set for September 10, 1984, but on August 31 the Government of Canada applied to Dixon J. for an extension of time on the ground that a necessary witness, an Argentinian official, would be absent. The application was refused, but a further application on the same grounds to Quigley J. on September 10 was successful, and the extradition hearing was set for October 30, 1984. Subsequently, another applica-

Mellino s'est par la suite rendu aux États-Unis et est finalement entré au Canada à l'automne de 1982. Le 22 novembre 1982, il a été arrêté à Calgary en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Deux jours plus tard, soit le 24 novembre 1982, un mandat d'arrestation fut lancé contre Mellino en vertu de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21, et il a été arrêté le 30 novembre. Le 6 décembre 1982, on a ordonné que Mellino soit détenu en attendant son audience d'extradition, fixée au 14 février 1983. Il a cependant été mis en liberté le 1^{er} février 1983. À ce moment-là, deux mois s'étaient écoulés depuis son arrestation, ce qui a fait jouer l'article XIV du traité d'extradition entre le Canada et l'Argentine, qui prévoit l'élargissement d'un fugitif, à moins qu'on ne produise dans ce délai une preuve suffisante pour justifier sa détention en vue de l'extradition: voir *Statuts du Canada*, 1894, p. xlii, à la p. xlvii. L'article XIV prévoit en outre la prorogation du délai, mais une demande en prorogation adressée par le gouvernement du Canada au juge Brennan de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a été rejetée et Mellino a été libéré.

Mellino a alors demandé en vertu de la *Loi sur l'immigration* le statut de réfugié au sens de la Convention. Ce statut lui a été accordé le 1^{er} décembre 1983. Néanmoins, depuis le printemps de 1983 jusqu'à la fin du premier semestre de 1984, des réunions ont eu lieu entre des représentants du ministère de la Justice du Canada et leurs homologues argentins relativement à la préparation de preuves dans une forme admissible aux fins d'une audience d'extradition au Canada.

Le 19 juin 1984, l'Argentine a présenté une seconde demande d'extradition. Le 29 juin, le juge Rowbotham a lancé un mandat d'arrestation et, le 17 juillet 1984 ou vers cette date, Mellino a été arrêté de nouveau. L'audience d'extradition était fixée au 10 septembre 1984, mais le 31 août, le gouvernement du Canada a saisi le juge Dixon d'une demande en prorogation du délai pour le motif qu'un témoin indispensable (un fonctionnaire argentin) serait absent. Cette demande fut rejetée, mais une nouvelle demande fondée sur le même motif adressée au juge Quigley le 10 septembre a été accueillie et l'audience d'extradition a

tion for an extension of time was made, this time, however, by counsel for Mellino. The application was granted and the hearing adjourned to December 10, 1984, by which date Mellino had been in custody for nearly five months.

At the commencement of the extradition hearing on December 10, 1984, an application was made on behalf of Mellino to the presiding judge, Waite J., to have the proceedings stayed on two grounds: first, that there was an infringement of s. 11(b) of the *Charter* (trial within a reasonable time), and second, that the extradition proceedings constituted an abuse of process. On December 11, 1984, Waite J. found that Mellino's right under s. 11(b) of the *Charter* had been infringed or denied, and pursuant to s. 24(1) of the *Charter* dismissed the application for extradition and discharged Mellino. At the time of his discharge no evidence had been presented in support of the request for extradition.

Waite J. held that in the absence of any satisfactory or reasonable explanation, the 17-month delay between the discharge of Mellino because of evidentiary problems in the first extradition proceedings on February 1, 1983, and the institution of the second proceedings on June 29, 1984, was inordinate, especially having regard to the relatively simple requirements of the Act and the treaty, and the fact that Mellino's identity had been known to the Argentinian authorities since at least 1977. He noted that the second proceedings could not continue on September 10 as originally scheduled because of further evidentiary problems including the departure from Canada of an essential Argentinian witness. In his view, the delay in the proceedings was unreasonable within the meaning of s. 11(b) of the *Charter*, particularly since, as article XIV of the treaty indicated, in extradition proceedings, time was of the essence.

In dismissing the application and discharging Mellino pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, Waite J. rejected the argument that a judge in an extradition proceeding was not a court of competent jurisdiction. An extradition judge was

été fixée au 30 octobre 1984. Par la suite, il y a eu encore une demande de prorogation, présentée cette fois-ci par l'avocat de Mellino. On a fait droit à la demande et l'audience a été ajournée au 10 décembre 1984, de sorte que Mellino avait été détenu pendant presque cinq mois.

Le 10 décembre 1984, au début de l'audience d'extradition, une demande de suspension d'instance a été présentée pour le compte de Mellino au juge Waite qui présidait. Deux motifs ont été invoqués: premièrement, il y avait eu violation de l'al. 11b) de la *Charte* (procès dans un délai raisonnable) et, deuxièmement, les procédures d'extradition étaient abusives. Le 11 décembre 1984, le juge Waite a conclu qu'on avait porté atteinte au droit reconnu à Mellino par l'al. 11b) de la *Charte* et, se fondant sur le par. 24(1) de la *Charte*, il a rejeté la demande d'extradition et a remis Mellino en liberté. Au moment de cette remise en liberté, aucun élément de preuve n'avait été produit à l'appui de la demande d'extradition.

Le juge Waite a conclu qu'à défaut d'une explication satisfaisante ou raisonnable la période de dix-sept mois qui s'est écoulée entre la libération de Mellino le 1^{er} février 1983 à cause de problèmes de preuve éprouvés dans les premières procédures d'extradition et l'institution des secondes procédures le 29 juin 1984, était excessive, compte tenu surtout des exigences relativement simples de la Loi et du traité, et compte tenu du fait que les autorités argentes connaissaient l'identité de Mellino depuis au moins 1977. Il a fait remarquer que, contrairement à ce qui avait été initialement prévu, les secondes procédures n'ont pu se poursuivre le 10 septembre en raison de nouveaux problèmes de preuve, dont le départ du Canada d'un témoin argentin essentiel. À son avis, le retard dans les procédures était déraisonnable au sens de l'al. 11b) de la *Charte*, particulièrement puisque, comme l'indique l'article XIV du traité, le temps constituait un élément capital dans les procédures d'extradition.

En rejetant la demande et en remettant Mellino en liberté en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, le juge Waite a repoussé l'argument selon lequel un juge qui préside des procédures d'extradition n'est pas un tribunal compétent. Selon lui, un juge qui

equivalent to a magistrate on a preliminary inquiry in the sense that he exercised the same powers and applied the same test to the evidence. But in other senses, the extradition judge had a much broader jurisdiction. First, he had additional powers under treaty and by statute. Second, he did not sit as a *persona designata* but as a court of law properly constituted. Finally, he was and remained a judge of a superior court with the jurisdiction and powers appertaining to that position.

Application for leave to this Court was granted on April 4, 1985, [1985] 1 S.C.R. xii.

The Jurisdiction of this Court

This appeal is brought under s. 41 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, which in broad terms empowers this Court to grant leave to appeal from any final or other judgment of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in a particular case. The Act again underscores the breadth of the provision in s. 2(1) by defining "the court appealed from" as "the court from which the appeal is brought directly to the Supreme Court, whether such court is one of original jurisdiction or a court of appeal", and "final judgment" as "any judgment, rule, order or decision that determines in whole or in part any substantive right of any of the parties in controversy in any judicial proceeding". On a plain reading of these provisions, I would have thought it obvious that s. 41 applied to the present case. The decision of Waite J., from which this appeal is taken, finally dismissed the application for extradition on the ground that s. 11(b) of the *Charter* had been infringed.

A difficulty arises because in *United States of America v. Link and Green*, [1955] S.C.R. 183, this Court, in an oral judgment, held that it had no jurisdiction under s. 41 to grant leave from a refusal of an extradition judge to commit a fugitive because in its view this was not a "judgment"

siège en matière d'extradition est assimilable au magistrat qui préside une enquête préliminaire en ce sens qu'il exerce les mêmes pouvoirs et applique à la preuve le même critère. À d'autres points de vue, toutefois, la compétence du juge d'extradition est beaucoup plus large. En premier lieu, le traité et la Loi l'investissent de pouvoirs supplémentaires. En deuxième lieu, il siège non pas en tant que *persona designata*, mais en tant que cour de justice régulièrement constituée. Finalement, il est et demeure juge de cour supérieure, doté de la compétence et des pouvoirs qui se rattachent à cette qualité.

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée le 4 avril 1985, [1985] 1 R.C.S. xii.

La compétence de cette Cour

Le pourvoi est fondé sur l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, qui en termes généraux habilite cette Cour à donner l'autorisation de se pourvoir de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la plus haute cour de dernier ressort habilitée, dans une province, à rendre jugement dans l'affaire en question, ou par l'un des juges de cette cour. La portée étendue de cette disposition est soulignée au par. 2(1) de la Loi, suivant lequel l'expression «la cour dont appel est interjeté» signifie «la cour de laquelle l'appel est directement porté à la Cour suprême, que cette cour soit une cour de première instance ou une cour d'appel», et suivant lequel l'expression «jugement définitif» signifie «tout jugement, règle, ordonnance ou décision qui détermine en totalité ou en partie un droit absolu d'une des parties en cause dans une procédure judiciaire». Selon une interprétation littérale de ces dispositions, j'aurais tenu pour évident que l'art. 41 s'applique en l'espèce. La décision du juge Waite, contre laquelle a été formée le présent pourvoi, a définitivement rejeté la demande d'extradition pour cause de violation de l'al. 11b) de la *Charte*.

Une difficulté surgit parce que, dans l'affaire *United States of America v. Link and Green*, [1955] R.C.S. 183, cette Cour, dans un jugement oral, a conclu qu'elle n'avait pas compétence en vertu de l'art. 41 pour accorder une autorisation de pourvoi à l'encontre du refus d'un juge d'extradi-

within the meaning of s. 41 of the *Supreme Court Act*. Counsel for Argentina pointed out some factual distinctions between that case and the present, but in my view he rightly stressed the different contexts in which the two cases were decided. As I noted in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, released contemporaneously with this case, the prevailing legislative policy at the time *Link and Green* was decided was against providing appeals in extradition cases. Equally, if not more important, most appeals to this Court were then as of right and, possibly as a defensive measure, the Court tended to interpret restrictively those areas of appeal over which it had control. As well, of course, this Court had just recently assumed the role of final court of appeal for Canada and the implications of this fact had not yet been fully apprehended.

While there were portents of things to come (see *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, at pp. 231, 232, 240 and 243), a clear break with the earlier approach was not made until *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827. In that case, the Court refused to follow its earlier decision in *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 60, and held that it had jurisdiction under s. 41 to hear an appeal against sentence. Pigeon J., for the majority, noted at p. 850 that s. 41 was enacted substantially in its present form when appeals to the Privy Council (which had had unlimited jurisdiction with special leave) were abolished and this Court was made truly supreme. It was apparent, he added, "that the new provision was intended to effect the change from a limited specific jurisdiction to a broad general jurisdiction". Laskin C.J., in dissent but not on this point, gave further emphasis to the expanded jurisdiction under s. 41 by saying, at pp. 831-32, that he "would not exclude cases from the leave jurisdiction of this Court unless it is quite plain that they have been excluded by statute". Similar sentiments were expressed by the present Chief Justice, then Dickson J., in *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368. After a detailed review of the evolu-

tion d'ordonner la détention d'un fugitif car, de l'avis de la Cour, ce refus n'était pas un «jugement» au sens de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*. L'avocat de l'Argentine a souligné certaines différences factuelles entre cette affaire-là et la présente espèce mais, selon moi, il a eu raison d'insister sur les contextes différents qui ont présidé à la décision des deux affaires. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, rendu en même temps que le présent arrêt, la politique législative en vigueur à l'époque de l'arrêt *Link and Green* s'opposait aux appels en matière d'extradition. Qui plus est, la plupart des pourvois devant cette Cour se faisaient à l'époque de plein droit et, peut-être comme mesure défensive, la Cour avait tendance à interpréter de façon restrictive les sujets de pourvoi qu'elle pouvait contrôler. De plus, évidemment, cette Cour venait tout juste de se voir attribuer le rôle de Cour d'appel de dernier ressort pour le Canada et on n'en saisissait pas encore parfaitement toute la portée.

Bien qu'il y eût des présages de ce qui viendrait (voir *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, aux pp. 231, 232, 240 et 243), ce n'est que dans l'arrêt *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827, qu'on s'est nettement démarqué par rapport à l'attitude antérieure. Dans cette affaire, la Cour a refusé de suivre son arrêt antérieur *Goldhar v. The Queen*, [1960] R.C.S. 60, et a conclu que l'art. 41 l'habilitait à entendre un pourvoi contre la peine imposée. Le juge Pigeon, au nom de la majorité, a fait remarquer, à la p. 850, que l'art. 41 avait été promulgué essentiellement dans sa forme actuelle en même temps que les appels au Conseil privé (qui avait joui d'une juridiction illimitée par voie d'autorisation) étaient abolis et cette Cour est devenue véritablement suprême. Il était évident, ajoutait-il, «que la nouvelle disposition visait à transformer la juridiction limitée de la Cour en une juridiction générale». Le juge en chef Laskin, dissident, mais non sur ce point, a mis davantage en relief la compétence élargie conférée par l'art. 41 lorsqu'il a dit, aux pp. 831 et 832, qu'il n'était «disposé à exclure de la juridiction de cette Cour par voie d'autorisation rien qui ne soit très clairement exclu par la loi». Le juge Dickson, maintenant Juge en chef, a exprimé

tion of the interpretation of s. 41, he concluded that "*Hill* mandated an expansive reading of s. 41(1), the better to enable this Court to discharge its role at the apex of the Canadian judicial system, as the court of last resort for all Canadians" (p. 404).

It will be obvious from the foregoing that *Link and Green* is inconsistent with the reasoning in more recent cases in this Court and should no longer be followed. I conclude, therefore, that this Court has jurisdiction to entertain the present appeal.

Section 11(b) of the Charter

Waite J. treated the matter in the same way as if Mellino had been charged before him with a criminal offence in Canada, and held that s. 11(b) had been violated. Mellino was, of course, never charged in Canada by any of the governments to which the *Charter* applies (s. 32). Rather he was charged with an offence in Argentina by the government of that country in respect of an act that took place wholly in Argentina. The prosecution for the offence was, therefore, wholly within the jurisdiction of Argentina. As I indicated in *Schmidt, supra*, s. 11 of the *Charter* has no application to extradition hearings. It is interesting that the courts of the United States have interpreted the Sixth Amendment of their Constitution guaranteeing speedy trials as not applying to extradition proceedings: see *Jhirad v. Ferrandina*, 536 F.2d 478 (2d Cir. 1976); *Sabatier v. Dabrowski*, 586 F.2d 866 (1st Cir. 1978); *Matter of Burt*, 737 F.2d 1477 (7th Cir. 1984).

Counsel for Mellino, however, argued that s. 11(b) of the *Charter* applied to Mellino by virtue of article V of the treaty which provides that extradition shall not take place if "exemption from prosecution or punishment has been acquired by lapse of time, according to the laws of the state applying or applied to". This provision was obviously intended to bring into operation statutes of limitations that exist in some countries prohibiting

des opinions semblables dans l'arrêt *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368. Après une étude approfondie de l'évolution de l'interprétation de l'art. 41, il a conclu que «l'arrêt *Hill* a donné au par. 41(1) une interprétation plus libérale qui permet à cette Cour de remplir son rôle au sommet du système judiciaire canadien en tant que cour de dernier ressort pour tous les Canadiens» (p. 404).

Il ressort clairement de ce qui précède que l'arrêt *Link and Green* est inconciliable avec le raisonnement adopté dans des arrêts plus récents de cette Cour et qu'il ne doit plus être suivi. Je conclus en conséquence que cette Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi.

L'alinéa 11b) de la Charte

Le juge Waite a procédé comme si Mellino se trouvait accusé devant lui d'une infraction criminelle commise au Canada et a conclu à une violation de l'al. 11b). Mellino, évidemment, n'a jamais été inculqué au Canada par l'un ou l'autre des gouvernements auxquels s'applique la *Charte* (art. 32). Il est plutôt accusé en Argentine par le gouvernement de ce pays, relativement à un fait qui s'est déroulé en totalité en Argentine. Les poursuites pour l'infraction relèvent donc entièrement de la compétence de l'Argentine. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Schmidt*, précité, l'art. 11 de la *Charte* ne s'applique pas aux audiences d'extradition. Il est d'ailleurs à noter que les tribunaux des États-Unis ont interprété le Sixième amendement de la Constitution américaine, qui garantit la célérité des procès, de manière à le rendre inapplicable aux procédures d'extradition: voir *Jhirad v. Ferrandina*, 536 F.2d 478 (2d Cir. 1976); *Sabatier v. Dabrowski*, 586 F.2d 866 (1st Cir. 1978); *Matter of Burt*, 737 F.2d 1477 (7th Cir. 1984).

L'avocat de Mellino a toutefois fait valoir que l'al. 11b) de la *Charte* s'appliquait à Mellino en raison de l'article V du traité selon lequel il n'y aura pas d'extradition si «la prescription des poursuites ou de la peine est acquise d'après les lois du pays auquel la demande est adressée» ou duquel la demande émane. Visiblement, cette disposition était censée faire jouer les lois sur la prescription qui existent dans certains pays et qui interdisent

prosecution for certain crimes after a stated lapse of time; for an example, see *R. v. Brixton Prison (Governor of), Ex parte Van der Auwera*, [1907] 2 K.B. 157. Such statutes are relatively easy to apply at an extradition hearing; one simply has to compute the time in accordance with the provisions of the statute. Section 11(b), on the other hand, is not an exemption in that sense. It gives a *Charter* remedy for delay when a prosecution has been initiated; no fixed time is involved. One must take into account such matters as whether the delay is unreasonable having regard to the time particular procedures ordinarily take. In extradition matters, this would surely require an inquiry into how proceedings are conducted in the foreign country and involve comparing them with ours. As well, a thorough examination of the facts surrounding the delay would have to be made, a function, as I explained in *Schmidt, supra*, wholly out of keeping with extradition proceedings. It would require much stronger words than these to persuade me that a treaty provision of this kind was intended to expand the application of our constitutional standards for expeditious prosecutions to the international arena. In the present case, it would require considerable adaptations to apply s. 11(b) to the relevant delay. The delay principally complained of is the time elapsed between the time Mellino was discharged following the first extradition hearing and the initiation of the second.

I conclude, therefore, that the extradition judge erred in discharging Mellino on this ground.

Abuse of Process and s. 7 of the Charter

At the hearing and on this appeal, counsel for Mellino also argued that the delay in the proceedings constituted an abuse of process. For this position, he particularly relied on *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128. There, Dickson C.J., writing for the Court, adopted the view expressed by Dubin J.A. in *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (Ont. C.A.), at p. 329, that at common law there existed a discretionary power in a trial judge

les poursuites pour certains crimes à l'expiration d'un délai déterminé: pour un exemple, voir *R. v. Brixton Prison (Governor of), Ex parte Van der Auwera*, [1907] 2 K.B. 157. Il est relativement facile d'appliquer de telles lois à une audience d'extradition; en effet, on n'a qu'à calculer le délai conformément aux dispositions de la loi en question. L'alinéa 11b), par contre, ne crée pas de délai de prescription au sens où le fait le traité. Il ouvre droit à un recours fondé sur la *Charte* pour les retards qui se produisent après que des poursuites ont été engagées; aucun délai précis n'est fixé. On doit se demander notamment si le retard est déraisonnable eu égard à la durée normale d'une procédure donnée. En matière d'extradition, cela nécessiterait certainement que l'on fasse enquête sur la manière dont les procédures se déroulent dans le pays étranger et qu'on les compare avec les nôtres. Il faudrait en outre entreprendre un examen minutieux des circonstances du retard, fonction qui, comme je l'ai précisé dans l'arrêt *Schmidt*, précité, ne convient guère à des procédures d'extradition. Une formulation bien plus catégorique que celle-là serait nécessaire pour me convaincre qu'une disposition de ce genre dans un traité est censée étendre jusque sur la scène internationale l'application de nos normes constitutionnelles visant à assurer des poursuites expéditives. En l'espèce, il faudrait effectuer de grandes adaptations pour que l'al. 11b) puisse s'appliquer au retard en cause. Le délai principalement en cause est le temps écoulé entre le moment de la mise en liberté de Mellino à l'issue de la première audience d'extradition et le moment où la seconde a débuté.

Je conclus donc que le juge d'extradition a commis une erreur en mettant Mellino en liberté pour ce motif.

L'abus des procédures et l'art. 7 de la Charte

À l'audience d'extradition et devant cette Cour, l'avocat de Mellino a soutenu en outre que le retard en question constituait un abus des procédures. À l'appui de cette position, il a invoqué particulièrement l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128. Dans cette affaire, le juge en chef Dickson, qui a rédigé les motifs de la Cour, a fait sienne l'opinion exprimée par le juge Dubin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Young* (1984), 40 C.R.

to stay proceedings in a criminal case for abuse of process

where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings. [pp. 136-37]

Dickson C.J., however, expressly repeated the caveat made in *Young* that this is "a power which can be exercised only in the 'clearest of cases'".

It should be observed, however, that, according to those cases, the power to grant a stay for abuse of process is vested in the trial judge, not in a judge at a preliminary hearing. *Charter* considerations apart, a judge at extradition hearing is in a position more closely related to that of a magistrate at a preliminary hearing. Such matters are to be dealt with at the trial in the foreign country like other defences. That approach has been followed in Canada from the development of extradition procedures as one can see from the often quoted passage of Hagarty C.J. in *R. v. Morton and Thompson* (1868), 19 U.C.C.P. 9, at p. 20:

I have always felt disposed to give the fairest and most liberal interpretation to the provisions of an arrangement like this Extradition Treaty, entered into by two nations professing a common civilization, with a thousand miles of conterminous boundary. They properly agree that their respective territories shall not be the asylum for those who commit crimes abhorrent to the laws of both communities. They agree to surrender, on demand, such persons, to be dealt with according to the laws they are said to have violated. I have neither the right nor the desire to doubt that, when surrendered, they will be legally and fairly dealt with. We are not asked here to pronounce on their guilt or to commit them for trial: all this is left to the foreign tribunal. We in effect only send them to be examined before the magistrate, who will decide if a case be made out for their commitment; just as we send an offender against

(3d) 289 (C.A. Ont.), à la p. 329, savoir qu'en *common law* le juge du procès jouissait d'un pouvoir discrétionnaire de suspendre l'instance pour abus des procédures dans une affaire criminelle

^a lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire. [pp. 136 et 137]

^b Le juge en chef Dickson a toutefois expressément réitéré la mise en garde faite dans l'arrêt *Young*, que c'est là «un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes»».

^c Soulignons toutefois que, d'après cette jurisprudence, c'est le juge du procès et non le juge qui préside l'enquête préliminaire qui détient le pouvoir de prononcer la suspension d'instance pour abus des procédures. Indépendamment de la *Charte*, le juge à l'audience d'extradition se trouve dans une situation assimilable à celle du magistrat à l'enquête préliminaire. Comme les autres moyens de défense, ces questions doivent être abordées au cours du procès dans le pays étranger. Que telle a été l'attitude du Canada depuis l'inauguration de procédures d'extradition ressort des propos souvent cités qu'a tenus le juge en chef Hagarty dans la décision *R. v. Morton and Thompson* (1868), 19 U.C.C.P. 9, à la p. 20:

[TRADUCTION] Je me suis toujours senti disposé à interpréter de la manière la plus juste et la plus libérale les dispositions d'une convention comme ce traité d'extradition conclu par deux nations qui se veulent d'une même civilisation et qui partagent une frontière de milliers de milles. Elles sont d'accord, comme il se doit d'ailleurs, que leurs territoires respectifs ne seront pas un asile pour ceux qui commettent des crimes constituant des infractions aux lois des deux pays. Ceux-ci conviennent d'extrader ces personnes sur demande pour qu'elles soient jugées conformément aux lois qu'on leur reproche d'avoir violées. Je n'ai ni le droit ni le désir de douter que, une fois les personnes en question extradées, on leur réserve un traitement qui soit juste et conforme à la loi. On ne nous demande pas ici de nous prononcer sur leur culpabilité ni de les renvoyer au procès: tout cela est laissé au soin du tribunal étranger. Nous ne faisons en réalité que les renvoyer devant le magistrat pour qu'elles soient interrogées et qu'il décide si la preuve justifie le renvoi au procès de la même façon que nous renvoyons un contrevenant à nos propres lois pour qu'il compa-

our own laws to appear on a warrant granted on the testimony of witnesses he has never seen.

In this Court, counsel intertwined his contention that there was an abuse of process with an argument based on s. 7 of the *Charter*. As with the simple abuse of process argument, this argument, too, assumes that an extradition judge has jurisdiction to deal with the issue and grant the appropriate remedies. It also assumes that the delay can be attributed to officials of the Canadian government, which I would have thought was a prerequisite to the application of the *Charter* by virtue of s. 32: see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573. However, quite apart from these assumptions, which I shall address later, I am unable to accept this argument.

On the particular facts of this case, there would be a breach of s. 7 only if there had been an abuse of process, and that demands that the circumstances here were such as could be categorized as the "clearest of cases". I do not think this is such a case. The five-year delay between the laying of charges against Mellino and his arrest is not in issue. The extradition process began soon after his arrival in Canada. Immediately following his arrest, a warrant of apprehension under the *Extradition Act* was issued, and an extradition hearing was scheduled. When Argentina failed to produce the necessary documentation within two months of Mellino's arrest, he was discharged as required by the treaty. It is the delay that followed that is said to constitute an abuse of process. Since an extradition is not a trial, new proceedings may be initiated on the same or new evidence. Seventeen months after his discharge, Mellino was again arrested following a second request for his extradition by Argentina. During these months, Mellino was free. There is no evidence that he was being harassed or interfered with by officials. So far as the delay might be thought to affect his defence to the charge, that, primarily owing to his own actions, was already five years old and his ultimate defence was, therefore, unlikely to have been prejudiced by the lapse of another 17 months; see in this context *Jhirad v. Ferrandina*, *supra*. In my view, there was no abuse of process or contraven-

raisse en vertu d'un mandat lancé sur la foi des témoignages de personnes qu'il n'a jamais vues.

En cette Cour, l'avocat a marié à son argument selon lequel il y a eu abus des procédures un moyen fondé sur l'art. 7 de la *Charte*. Tout comme l'argument de l'abus des procédures pur et simple, ce moyen aussi suppose qu'un juge siégeant en matière d'extradition ait compétence pour examiner la question et pour accorder les redressements appropriés. Il suppose en outre que le retard en question puisse être imputé aux fonctionnaires du gouvernement canadien, ce qui, à mon avis, constitue une condition de l'application de la *Charte* suivant l'art. 32: voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. Toutefois, indépendamment de ces suppositions, auxquelles je reviendrai plus loin, je ne puis retenir cet argument.

Étant donné les faits particuliers de la présente affaire, il n'y aurait violation de l'art. 7 que s'il y avait eu abus des procédures et, pour cela, il faudrait que l'on puisse ranger ces faits dans la catégorie des «cas les plus manifestes». Or, je ne crois pas que cela soit possible en l'espèce. L'intervalle de cinq ans entre le moment où les accusations ont été portées contre Mellino et le moment de son arrestation n'est pas en litige. On a amorcé les procédures d'extradition peu après son arrivée au Canada. Son arrestation a été suivie immédiatement d'un mandat d'arrestation lancé en vertu de la *Loi sur l'extradition* et une audience d'extradition a été prévue. Quand l'Argentine n'a pas produit dans les deux mois de l'arrestation de Mellino les documents requis, celui-ci a été mis en liberté conformément aux exigences du traité. C'est le retard subséquent que l'on prétend constituer un abus des procédures. Puisqu'une audience d'extradition n'est pas un procès, on peut engager des procédures nouvelles fondées soit sur la même preuve soit sur de nouveaux éléments de preuve. Dix-sept mois après sa mise en liberté, Mellino fut arrêté de nouveau à la suite d'une seconde demande d'extradition émanant de l'Argentine. Pendant cette période, Mellino était libre. Rien n'indique que les fonctionnaires exerçaient sur lui le moindre harcèlement. Dans la mesure où l'on pourrait considérer que le retard compromet ses possibilités de répondre à l'accusation, soulignons

tion of s. 7. I should perhaps add that while Waite J. found the delay to have been unreasonable for the purposes of s. 11(b) of the *Charter* (a ground already disposed of), he made no finding that such delay constituted an abuse of process or contravened the principles of fundamental justice.

In assessing the issue, a court must not overlook that extradition proceedings must be approached with a view to conform with Canada's international obligations. The courts have on many occasions reiterated that the requirements and technicalities of the criminal law apply only to a limited extent in extradition proceedings. One cannot view delay resulting from the complexity involved in dealing with activities that reach across national boundaries and involve different systems of law and several levels of bureaucracies in the same way as that in local prosecutions. This is especially so when one considers that extradition proceedings are but a small part of the many and variegated responsibilities of diplomatic officials. It is interesting that the time schedule set forth in article XIV has been described as hectic and criticized as too onerous: see V. E. Hartley Booth, *British Extradition Law and Procedure* (1980), vol. 1, at p. 42.

At all events, the assumption by a Canadian court of responsibility for supervising the conduct of the diplomatic and prosecutorial officials of a foreign state strikes me as being in fundamental conflict with the principle of comity on which extradition is based. Some protection is afforded the fugitive by article XIV, which provides for his release if the evidence is not forthcoming within a certain period. This, however, does not make time of the essence in the manner contemplated by the trial judge. The article simply ensures that a fugitive is not imprisoned indefinitely pending the presentation of evidence. Since a discharge at an

que, principalement à cause des actes de Mellino lui-même, cette accusation était déjà vieille de cinq ans, de sorte que l'écoulement de dix-sept mois de plus risquait peu probablement de nuire à sa défense: voir, dans ce contexte, l'arrêt *Jhirad v. Ferrandina*, précité. À mon avis, il n'y a eu ni abus des procédures ni violation de l'art. 7. Je devrais peut-être ajouter que le juge Waite, bien qu'il ait trouvé le retard déraisonnable aux fins de l'al. 11b) de la *Charte* (moyen déjà écarté), n'a pas conclu que ce retard constituait un abus des procédures ou contrevenait aux principes de justice fondamentale.

En étudiant la question en litige, un tribunal ne doit pas perdre de vue la nécessité dans des procédures d'extradition de viser à respecter les obligations internationales du Canada. À maintes reprises, les tribunaux ont souligné que les exigences et les formalités du droit criminel ne s'appliquent que dans une mesure restreinte à des procédures d'extradition. On ne saurait assimiler au retard résultant de poursuites locales celui imputable aux complexités inhérentes aux activités d'envergure internationale qui relèvent de différents systèmes de droit et de plusieurs paliers de bureaucraties. C'est d'autant plus vrai quand on considère que les procédures d'extradition ne représentent qu'une infime partie des responsabilités nombreuses et variées des fonctionnaires diplomatiques. Il est intéressant de noter qu'on reproche au délai prévu par l'article XIV d'être excessivement astreignant et trop sévère: voir V. E. Hartley Booth, *British Extradition Law and Procedure* (1980), vol. 1, à la p. 42.

Quoi qu'il en soit, si un tribunal canadien se chargeait de contrôler la conduite des fonctionnaires diplomatiques et du ministère public d'un État étranger, il me semble que cela entrerait fondamentalement en conflit avec le principe de courtoisie internationale sur lequel repose l'extradition. Une certaine mesure de protection est offerte au fugitif par l'article XIV, qui prévoit sa mise en liberté si la preuve requise n'est pas produite dans un délai précis. Cela ne veut toutefois pas dire que le temps soit une considération capitale au sens envisagé par le juge du procès. L'article ne fait que garantir un fugitif contre un emprisonnement de

extradition hearing for lack of evidence, like that at a preliminary hearing, is not final, it has long been recognized that new proceedings may be instituted on new, or even on the same evidence before the judge at the original hearing or another judge: see, for example, *Attorney-General of Hong Kong v. Kwok-A-Sing* (1873), L.R. 5 P.C. 179; *Re Harsha (No. 2)* (1906), 11 C.C.C. 62 (Ont. H.C.); *Armstrong v. State of Wisconsin*, [1972] F.C. 1228 (C.A.) This was recognized by the judge and the parties, who acted on that basis.

The record does not show that the delay was attributable to Canadian authorities, which as already stated appears necessary to trigger s. 7: see s. 32. So far as one can gather, delays arose because of problems by the Argentinian authorities in framing the evidence in a form acceptable under Canadian law. The delay did not arise out of the conduct of the Canadian proceedings. There is no suggestion that the necessary documentary evidence was available before the date of the second request for extradition.

Finally, counsel for Mellino relied on cases based on s. 17 of the *Fugitive Offenders Act*, R.S.C. 1970, c. F-32, which gives the courts power to review whether a surrender under that Act would be unjust or oppressive. But this is done in a completely different context. Surrender under that Act is not made under treaty obligation but as a matter of courtesy to Commonwealth countries. Consequently, Parliament has felt free to expressly authorize the courts not only to review on these grounds but to impose greater evidentiary demands on those seeking surrender. These tasks, I might add, would generally be easier to perform than they would be at an extradition hearing because Commonwealth countries are heirs to the British criminal justice system.

durée indéterminée en attendant la présentation de la preuve. Puisqu'une mise en liberté pour manque de preuves prononcée à une audience d'extradition n'est pas plus définitive que celle prononcée à une enquête préliminaire, on reconnaît depuis longtemps que des procédures nouvelles fondées sur des éléments de preuve nouveaux, ou encore sur la même preuve, peuvent être engagées devant le juge qui a présidé l'audience initiale ou devant un autre juge: voir, par exemple, *Attorney-General of Hong Kong v. Kwok-A-Sing* (1873), L.R. 5 P.C. 179; *Re Harsha (No. 2)* (1906), 11 C.C.C. 62 (H.C. Ont.); *Armstrong c. État du Wisconsin*, [1972] C.F. 1228 (C.A.) Ce fait a été reconnu par le juge et par les parties, qui ont agi en conséquence.

Rien dans le dossier n'indique que le retard était imputable aux autorités canadiennes, ce qui, répétons-le, paraît conditionner l'application de l'art. 7: voir l'art. 32. Autant qu'on puisse en juger, les retards venaient des problèmes qu'éprouvaient les autorités argentes à présenter la preuve dans une forme acceptable en droit canadien. Le retard n'était aucunement relié à la conduite des procédures canadiennes. On ne prétend pas que la preuve documentaire requise aurait pu être produite antérieurement à la date de la seconde demande d'extradition.

Finalement, l'avocat de Mellino a invoqué des décisions fondées sur l'art. 17 de la *Loi sur les criminels fugitifs*, S.R.C. 1970, chap. F-32, qui habilite les tribunaux à examiner si l'extradition d'un fugitif effectuée en vertu de cette loi serait injuste ou tyrannique. Toutefois, cela se fait dans un contexte tout à fait différent. L'extradition en vertu de ladite loi ne s'effectue pas en vertu des obligations conventionnelles, mais par courtoisie envers les pays membres du Commonwealth. Par conséquent, le Parlement s'est senti libre de donner aux tribunaux l'autorisation expresse non seulement d'exercer un contrôle pour les motifs susmentionnés, mais aussi d'imposer à ceux qui demandent l'extradition des exigences plus lourdes en matière de preuve. J'ajoute qu'il serait généralement plus facile de s'acquitter de ces tâches dans ce contexte précis qu'il ne le serait à une audience d'extradition, étant donné que les pays du Commonwealth ont hérité du système britannique de justice criminelle.

In my view, there was no abuse of process or contravention of s. 7.

The Jurisdiction of the Extradition Judge

The foregoing is sufficient to dispose of the case, but it raises a further and important issue that merits attention. The extradition judge took the view that he enjoyed a much broader jurisdiction than that possessed by a magistrate presiding at a preliminary hearing under the *Criminal Code*. He was not, he affirmed, sitting as a *persona designata* but as a court of law and, as such, retained all his powers and jurisdiction as a judge of a superior court except to the extent that the treaty or a statute otherwise provided.

I cannot accept this proposition. It seems to me to ignore the modest function of an extradition hearing which (barring minimal statutory and treaty exceptions) is merely to determine whether the relevant crime falls within the appropriate treaty and whether the evidence presented is sufficient to justify the executive surrendering the fugitive to the requesting country for trial there. Responsibility for the conduct of our foreign relations, including the performance of Canada's obligations under extradition treaties, is, of course, vested in the executive. I repeat: the role of the extradition judge is a modest one; absent express statutory or treaty authorization, the sole purpose of an extradition hearing is to ensure that the evidence establishes a *prima facie* case that the extradition crime has been committed. The procedure bears a considerable affinity to a preliminary hearing, and the judge's powers have some similarity to those of a magistrate presiding at such a hearing, who, as this Court held in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, has no power to administer *Charter* remedies. Indeed, the reasoning in *Mills* appears to me to be even more applicable to an extradition judge.

The fact that an extradition judge is often a superior court judge does not alter the matter.

À mon avis, il n'y a eu ni abus des procédures ni violation de l'art. 7.

La compétence du juge d'extradition

Quoique ces observations suffisent pour trancher l'affaire, elles soulèvent une autre question fort importante qui mérite notre attention. Le juge d'extradition a estimé qu'il jouissait d'une compétence beaucoup plus large que celle possédée par un magistrat qui préside une enquête préliminaire en vertu du *Code criminel*. Il siégeait, a-t-il affirmé, non pas en tant que *persona designata*, mais en tant que cour de justice et, en cette qualité, il conservait tous ses pouvoirs et toute sa compétence de juge de cour supérieure, sauf dans la mesure où le traité ou une loi en dispose autrement.

Je ne puis retenir cette proposition. Elle me semble ne pas tenir compte de la portée restreinte d'une audience d'extradition qui (mis à part certaines exceptions insignifiantes prévues par la loi et le traité) vise simplement à déterminer si le crime en cause relève du traité applicable et si la preuve produite suffit pour justifier que l'exécutif livre le fugitif au pays requérant pour qu'il y subisse son procès. C'est évidemment l'exécutif qui est investi de la responsabilité de diriger nos relations étrangères, ce qui comprend l'exécution des obligations imposées au Canada par des traités d'extradition. Je le répète: le rôle d'un juge d'extradition est modeste; en l'absence d'une autorisation expresse découlant d'une loi ou d'un traité, l'unique but d'une audience d'extradition est de s'assurer que la preuve établit une apparence suffisante de la perpétration d'un crime donnant lieu à l'extradition. Cette procédure s'apparente en bien des points à une enquête préliminaire et les pouvoirs du juge ont des similarités avec ceux d'un magistrat qui préside une telle enquête et qui, suivant la conclusion de cette Cour dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, n'a pas compétence pour accorder des redressements en vertu de la *Charte*. De fait, le raisonnement dans l'arrêt *Mills* me paraît s'appliquer à plus forte raison à un juge d'extradition.

Le fait qu'un juge d'extradition est souvent un juge de cour supérieure n'y change rien. Cela n'a

This has nothing to do with the issue of *persona designata*, which was discussed in *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518, but rather with what the judge is authorized to do under the Act. The Act clearly spells out the duties of an extradition judge and it would be strange if his powers differed in accordance with whether he was a superior court judge, a county court judge or a commissioner. This reasoning has been adopted in relation to an extradition judge's power to grant bail: see, for example, *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 10 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.) It is interesting that in England extradition hearings are held before magistrates. When the *Extradition Act* (which was closely patterned on the English Act) was enacted over 100 years ago in Canada, jurisdiction was no doubt assigned to the superior and county court judges and commissioners because of the conditions prevailing in the country at the time. Many of the justices of the peace at the time may have been thought not to be equal to the task. There is nothing to suggest that judges acting in extradition matters were to be given any greater powers than those traditionally possessed by the English magistrates.

In particular, it is not the business of an extradition judge to assume responsibility for reviewing the actions of foreign officials in preparing the evidence for an extradition hearing. This would seem to me to be in breach of the most elementary dictates of comity between sovereign states. A foreign state obviously has jurisdiction over the actions of its officials, although, no doubt, the executive of this country must, on occasion, consider such matters in exercising its discretion to surrender a fugitive.

Nor is an extradition judge empowered to weigh the ultimate issue of whether delay will affect the trial of the action in the foreign country. The treaty places Canada under an obligation to surrender the fugitive for trial in the requesting country where such issues are to be considered. The assumption that the requesting state will give the

rien à voir avec la question de *persona designata*, qu'on a étudiée dans l'arrêt *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; ce qui est pertinent est plutôt ce que la Loi autorise le juge à faire. Or, la Loi énonce clairement les devoirs d'un juge d'extradition et il serait étrange que ses pouvoirs diffèrent selon qu'il s'agit d'un juge de cour supérieure, d'un juge de cour de comté ou d'un commissaire. Ce raisonnement a été adopté relativement au pouvoir d'un juge d'extradition de libérer sous caution: voir, par exemple, *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 10 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.) Un point à retenir est qu'en Angleterre les audiences d'extradition se tiennent devant des magistrats. Quand l'*Acte d'extradition* (modélé de très près sur la loi anglaise) a été adopté au Canada il y a plus de cent ans, c'était sans doute en raison des conditions qui régnaient au pays à cette époque-là que compétence fut attribuée aux juges de cour supérieure et de comté et aux commissaires. On estimait peut-être qu'un bon nombre des juges de paix n'étaient pas à la hauteur de la tâche. Rien n'indique que les juges siégeant en matière d'extradition devaient être investis de pouvoirs plus grands que ceux que détenaient traditionnellement les magistrats anglais.

En particulier, il n'appartient nullement à un juge d'extradition de prendre sur lui de contrôler les actes accomplis par des fonctionnaires étrangers dans la préparation de la preuve en vue d'une audience d'extradition. Cela me semble contraire aux exigences les plus élémentaires de la courtoisie entre états souverains. Il va de soi qu'un état étranger a compétence sur les actes de ses fonctionnaires, quoique, sans aucun doute, l'exécutif de notre pays doive à l'occasion en tenir compte en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'extrader un fugitif.

Un juge d'extradition n'a pas non plus le pouvoir de trancher la question fondamentale de savoir si le retard aura un effet sur l'instruction de l'action dans le pays étranger. Le traité met le Canada dans l'obligation de livrer le fugitif en vue d'un procès dans le pays requérant où ces questions devront être examinées. La présomption que l'état

fugitive a fair trial according to its laws underlies the whole theory and practice of extradition and our courts have over many years made it abundantly clear that an extradition judge should not give effect to any suggestion that the proceedings are oppressive or that the fugitive will not be given a fair trial or give proper weight to the evidence. In truth, the assumption by an extradition judge that delay or other defences would not be given appropriate consideration by the foreign court is even more offensive than the assumption of control over the actions of foreign diplomatic and prosecutorial officials. It amounts to a serious adverse reflection not only on a foreign government to whom Canada has a treaty obligation but on its judicial authorities concerning matters that are exclusively within their competence.

It would cripple the operation of our extradition arrangements if extradition judges were to arrogate the power to consider defences that should properly be raised at trial. How would we react to foreign courts exercising this kind of pre-emptive jurisdiction in relation to trials in this country? There are, as well, practical considerations such as the limited information available to an extradition judge and his jurisdictional inability to obtain it: see, for example, *Re Insull*, [1933] 3 D.L.R. 709 (Ont. S.C.); *Re United States of America and Smith* (1984), 10 C.C.C. (3d) 540 (Ont. C.A.), at p. 551; *United States of America v. Beaurone* (1983), 27 Sask. R. 136 (Q.B.), at p. 138. In *Schmidt*, *supra*, allusion was made that the general extradition procedure constituted a reasonable limit under s. 1 on the right a fugitive may have not to be surrendered for trial: see in this context *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385 (Ont. C.A.) I also noted there that I see nothing offensive to fundamental justice in surrendering in accordance with our extradition procedures an accused to a foreign country for trial in accordance with its traditional judicial processes for a crime alleged to have been committed there. There may, it is true, conceivably be situations where it would be unjust to surrender a fugitive either because of the general condition

requérant accordera au fugitif un procès équitable en conformité avec ses lois sous-tend toute la théorie et la pratique de l'extradition et les tribunaux canadiens ont dit très clairement depuis bien des années qu'un juge d'extradition doit écarter tout argument alléguant que les procédures sont oppressives ou que le fugitif n'aura pas un procès équitable ou qu'on ne donnera pas à la preuve l'importance qu'elle mérite. À la vérité, il est encore plus choquant qu'un juge d'extradition suppose que le retard ou tout autre moyen de défense ne serait pas dûment examiné par le tribunal étranger qu'il décide de contrôler les actes des fonctionnaires diplomatiques et du ministère public étrangers. Cela équivaut à une critique sévère non seulement d'un gouvernement étranger envers lequel le Canada a des obligations conventionnelles, mais aussi de son pouvoir judiciaire relativement à des questions relevant exclusivement de leur compétence.

Cela nuirait gravement à l'application de nos conventions d'extradition si les juges d'extradition s'arrogeaient le pouvoir d'examiner des moyens de défense qui devraient normalement être soulevés au procès. Quelle serait notre réaction si des tribunaux étrangers préjugeaient de la sorte des procès au Canada? Il y a en outre des considérations d'ordre pratique, telles que le peu d'informations dont dispose un juge d'extradition et son défaut de compétence pour obtenir de plus amples renseignements: voir, par exemple, *Re Insull*, [1933] 3 D.L.R. 709 (C.S. Ont.); *Re United States of America and Smith* (1984), 10 C.C.C. (3d) 540 (C.A. Ont.), à la p. 551; *United States of America v. Beaurone* (1983), 27 Sask. R. 136 (B.R.), à la p. 138. Dans l'arrêt *Schmidt*, précité, on a fait mention que la procédure générale d'extradition constitue, aux fins de l'article premier, une restriction raisonnable du droit que peut avoir un fugitif de ne pas être extradé en vue d'un procès: voir dans ce contexte *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Ont.) J'ai souligné en outre que je ne vois pas en quoi il serait choquant du point de vue de la justice fondamentale qu'un accusé soit livré à un pays étranger conformément à nos procédures d'extradition pour qu'il y soit jugé selon les procédures judiciaires traditionnelles de ce pays pour un crime qu'on lui

of the governmental and judicial apparatus or, more likely, because some particular individual may be subjected to oppressive treatment. These are judgments, however, that are pre-eminently within the authority and competence of the executive to make. The courts may, as guardians of the Constitution, on occasion have a useful role to play in reviewing such decisions, but it is obviously an area in which courts must tread with caution.

Situations may, as is alleged in the present case, also conceivably arise where the Canadian officials who carry out the prosecution on behalf of the foreign state, do so in a manner that violates fundamental justice. In such cases, fundamental justice considerations may come into play that call for *Charter* review. However, not every delay raises such considerations; all the circumstances must be weighed; see in this context the American case of *Matter of Burt, supra*. It should also be noted that releasing a fugitive in such circumstances raises a serious problem. Is Canada to be absolved of its treaty obligation to a foreign state to surrender a fugitive because Canadian officials have been derelict in performing their duties regarding the request for surrender duly made by that state? This consideration, however, principally underlines the importance officials must attach to these matters. Theirs, acting on behalf of the executive, is the duty to carry out Canada's obligations. The courts, on the other hand, have the duty to ensure that actions of Canadian officials meet the standards of the *Charter*. Because of the seriousness of the matter, however, a court should not lightly attribute responsibility for delay to Canadian officials. In the present case what little there is on the record that could be looked upon as involving any lapses on the part of Canadian officials is highly tenuous. What the record reveals, instead, is that the delays came about from the difficulty experienced by the Argentinian authorities in organizing the evidence in a form acceptable under Canadian procedures. The circumstances are not, in my view, sufficiently lengthy or inconvenient as to make surrender under these circumstances suf-

reproche d'y avoir commis. Certes, on peut concevoir des situations où il serait injuste d'extrader un fugitif, soit en raison de l'état général de l'appareil gouvernemental et judiciaire soit, ce qui est plus probable, parce qu'un individu donné pourra être soumis à un traitement oppressif. Il s'agit toutefois là de jugements qui relèvent au premier chef du pouvoir et de la compétence de l'exécutif. Les tribunaux, en tant que gardiens de la Constitution, peuvent à l'occasion jouer un rôle utile en contrôlant de telles décisions, mais ils doivent évidemment faire preuve de la plus grande circonspection dans ce domaine.

Il se peut aussi que, comme on l'allègue en l'espèce, les fonctionnaires canadiens chargés d'exercer les poursuites pour le compte de l'état étranger procèdent d'une manière contraire à la justice fondamentale. En pareils cas, des considérations de justice fondamentale peuvent commander un contrôle en vertu de la *Charte*. Ce ne sont toutefois pas tous les retards qui soulèvent ces considérations; il faut peser toutes les circonstances; voir dans ce contexte l'arrêt américain *Matter of Burt, précité*. Soulignons en outre que la mise en liberté d'un fugitif dans de telles circonstances pose un problème sérieux. Le Canada doit-il être dégagé de son obligation conventionnelle envers l'État étranger d'extrader un fugitif parce que des fonctionnaires canadiens ont fait preuve de négligence dans l'exercice de leurs fonctions liées à une demande d'extradition dûment présentée par cet État? Cette question, cependant, sert principalement à souligner l'importance que les fonctionnaires doivent attacher à ces questions. C'est à eux qu'il incombe de remplir, au nom de l'exécutif, les obligations du Canada. Le devoir des tribunaux, par contre, est de s'assurer que les actes des fonctionnaires canadiens satisfont aux normes de la *Charte*. Toutefois, en raison de la gravité de l'affaire, un tribunal ne doit pas inconsidérément imputer aux fonctionnaires canadiens la responsabilité d'un retard. En l'espèce, le peu d'éléments de preuve qui, d'après le dossier, pourraient être considérés comme établissant des manquements de la part des fonctionnaires canadiens, sont extrêmement faibles. Au contraire, il ressort du dossier que les retards ont résulté de la difficulté qu'ont éprouvée les autorités argentes à organiser la preuve

ficiently oppressive as to violate the principles of fundamental justice.

In the rare cases where the actions of Canadian executives or officials may give rise to the need for *Charter* review, I do not think the extradition judge has *Charter* jurisdiction. For reasons of efficiency, the Act and the treaty have strictly confined his role. Parliament has indicated how extradition proceedings are to be reviewed—by superior courts by means of the writ of *habeas corpus*. A court in *habeas corpus* proceedings is ordinarily confined to questions of jurisdiction, but as such proceedings are contemplated by Parliament as the sole means of review in extradition proceedings, and from which, moreover, it has provided appeals to the Court of Appeal and to this Court, a court in *habeas corpus* proceedings is obviously the court of competent jurisdiction for the purposes of s. 24 of the *Charter*. It is interesting that a somewhat similar approach has been taken in the United States. In *Matter of Burt*, *supra*, the United States Court of Appeals, Seventh Circuit, held that the merits of a petitioner's due process claim could be considered as part of a *habeas corpus* review. The court thus put it, at p. 1484:

We hold that federal courts undertaking habeas corpus review of extraditions have the authority to consider not only procedural defects in the extradition procedures that are of constitutional dimension, but also the substantive conduct of the United States in undertaking its decision to extradite if such conduct violates constitutional rights.

Not only are the actions of Canadian officials in relation to extradition proceedings subject to review under the *Charter*, so too as I noted in *Schmidt*, *supra*, is the executive's exercise of discretion in surrendering a fugitive. However, this jurisdiction, as I there observed, must be exercised

dans une forme acceptable aux fins des procédures canadiennes. À mon avis, les circonstances ne témoignent pas d'un retard à ce point long ou gênant qu'il rende l'extradition suffisamment oppressive pour qu'elle constitue une violation des principes de justice fondamentale.

Dans les rares cas où les actes des représentants de l'exécutif ou de fonctionnaires canadiens peuvent donner lieu à un contrôle en vertu de la *Charte*, je ne crois pas que le juge d'extradition ait compétence pour effectuer ce contrôle. Par souci d'efficacité, la Loi et le traité ont strictement circonscrit son rôle. Le Parlement a précisé comment doivent être contrôlées les procédures d'extradition—par les cours supérieures au moyen du bref d'*habeas corpus*. Dans des procédures d'*habeas corpus*, le tribunal ne connaît normalement que de questions de compétence mais, étant donné que le Parlement a envisagé de telles procédures comme seul moyen de contrôle en matière d'extradition et puisque le législateur a en outre prévu des appels devant la Cour d'appel et devant cette Cour en matière d'*habeas corpus*, il est évident qu'un tribunal saisi de procédures d'*habeas corpus* est le tribunal compétent aux fins de l'art. 24 de la *Charte*. Il est intéressant de constater qu'une méthode à peu près semblable a été adoptée aux États-Unis. En effet, dans l'arrêt *Matter of Burt*, précité, la Cour d'appel fédérale (7th Cir.) a conclu qu'il était loisible d'examiner au fond, dans le cadre d'un contrôle par voie d'*habeas corpus*, une réclamation relative au caractère équitable des procédures. La Cour d'appel s'est exprimée ainsi, à la p. 1484:

[TRADUCTION] Nous estimons que les tribunaux fédéraux qui exercent en matière d'extradition un contrôle par voie d'*habeas corpus* sont habilités à examiner non seulement les vices de forme des procédures d'extradition lorsque ces vices revêtent une dimension constitutionnelle, mais aussi la conduite des États-Unis dans la prise de sa décision au fond de procéder à l'extradition si celle-ci porte atteinte à des droits constitutionnels.

Ce ne sont pas seulement les actes des fonctionnaires canadiens relativement aux procédures d'extradition qui font l'objet d'un contrôle en vertu de la *Charte* car, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Schmidt*, précité, l'exercice par l'exécutif du pouvoir discrétionnaire d'extrader un fugitif en fait

with the utmost circumspection consistent with the executive's pre-eminent position in matters of external relations. The courts may intervene if the decision to surrender a fugitive for trial in a foreign country would in the particular circumstances violate the principles of fundamental justice. But, as already noted, it does not violate such principles to surrender a person to be tried for a crime he is alleged to have committed in a foreign country in the absence of exceptional circumstances. Our courts must assume that he will be given a fair trial in the foreign country. Matters of due process generally are to be left for the courts to determine at the trial there as they would be if he were to be tried here. Attempts to pre-empt decisions on such matters, whether arising through delay or otherwise, would directly conflict with the principles of comity on which extradition is based; for a similar view in the United States, see *Jhirad v. Ferrandina, supra*. Should there be circumstances so substantial as to give rise to questions whether surrendering a fugitive would constitute a breach of fundamental justice, the extradition judge should bring them to the attention of the executive; see *Royal Government of Greece v. Brixton Prison Governor*, [1969] 3 All E.R. 1337 (H.L.)

Finally, in exercising jurisdiction over executive action, a court must firmly keep in mind that it is in the executive that the discretion to surrender a fugitive is vested. Consequently, barring obvious or urgent circumstances, the executive should not be pre-empted. In cases where the feared wrong may be avoided by interstate arrangements, it may be doubted that the courts should ordinarily intervene before the executive has made an order of surrender. As already mentioned, the primary responsibility for the conduct of external relations must lie with the executive. The executive may well be able to obtain sufficient assurances from the foreign country to ensure compliance with the require-

également l'objet. J'ai toutefois souligné dans le même arrêt que cette compétence doit s'exercer avec la plus grande circonspection de manière à respecter la position prééminente de l'exécutif en matière de relations extérieures. Les tribunaux peuvent intervenir si la décision d'extrader un fugitif en vue de son procès dans un pays étranger allait, dans les circonstances particulières, à l'encontre des principes de justice fondamentale. Mais, comme je l'ai déjà dit, ce n'est nullement une entorse à ces principes que de livrer une personne afin qu'elle soit jugée pour un crime qu'on lui reproche d'avoir commis dans un pays étranger en l'absence de circonstances exceptionnelles. Nos tribunaux doivent tenir pour acquis que cette personne aura un procès équitable dans le pays étranger. En règle générale, les questions touchant le caractère équitable des procédures doivent y être tranchées par les tribunaux à l'étape du procès, de la même manière qu'elles le seraient si le procès avait lieu ici. Toute tentative de préjuger de telles questions, que ce soit par suite d'un retard ou pour d'autres raisons, entrerait directement en conflit avec les principes de courtoisie qui sont à la base de l'extradition: pour un point de vue américain semblable, voir *Jhirad v. Ferrandina*, précité. Dans l'hypothèse où il existerait des circonstances à ce point importantes qu'elles soulèveraient des questions quant à savoir si l'extradition d'un fugitif constituerait un manquement à la justice fondamentale, il incomberait au juge d'extradition d'attirer l'attention de l'exécutif sur ces circonstances: voir *Royal Government of Greece v. Brixton Prison Governor*, [1969] 3 All E.R. 1337 (H.L.)

Finalement, lorsqu'un tribunal exerce sa compétence relative aux actes du pouvoir exécutif, il doit bien garder à l'esprit que c'est l'exécutif qui se trouve investi du pouvoir discrétionnaire d'extrader un fugitif. Par conséquent, à moins de circonstances criantes ou urgentes, il ne faut pas empêcher l'exécutif d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Dans des cas où le tort appréhendé peut être évité au moyen d'accords internationaux, il est douteux que les tribunaux doivent normalement intervenir avant que l'exécutif n'ait ordonné l'extradition. Comme je l'ai déjà mentionné, c'est le pouvoir exécutif qui est responsable au premier chef de la conduite des relations extérieures. Il se

ments of fundamental justice. It would, of course, be open to the courts to review any such arrangements to ensure compliance with *Charter* requirements. However, a court would have to be extremely circumspect in taking such a course. It should not lightly assume that the executive has ignored its undoubted duty to ensure that its actions conform to constitutional requirements or that a foreign country would not act in good faith in complying with such assurances.

It is clear in any event that these issues are not to be dealt with by the extradition judge.

Conclusion

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order of Waite J. and remit the matter to an extradition judge to continue the proceedings in accordance with the law.

The following are the reasons delivered by

LAMER J. (dissenting)—I have read the reasons of my colleague Justice La Forest and agree with him that this Court has jurisdiction to hear this appeal. I also agree with him that this matter should be remitted below albeit for a different purpose.

As I discussed in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* generally applies to the extradition hearing in so far as it would apply to a preliminary inquiry. In my view, s. 11(b) is one of the rights guaranteed by s. 11 which is applicable to a preliminary inquiry and an extradition hearing. The liberty and security of the person subjected to the extradition hearing are affected by the holding of a hearing, and the principles of fundamental justice require that that hearing be resolved in a speedy manner.

The delay at issue here is the 17-month delay between the discharge of Mellino because of evi-

peut bien que l'exécutif puisse obtenir des assurances suffisantes du pays étranger pour garantir la conformité avec les exigences de la justice fondamentale. Bien entendu, il serait loisible aux tribunaux de contrôler tout accord de ce genre afin d'assurer le respect des exigences de la *Charte*. Il faudrait toutefois à ce moment-là qu'un tribunal se montre extrêmement circonspect. Il ne doit pas supposer à la légère que l'exécutif a manqué à son obligation incontestable de voir à ce que ses actes soient conformes aux exigences de la Constitution ni qu'un pays étranger ne respectera pas en toute bonne foi les assurances qu'il a données.

Il est clair en tout état de cause que ces questions ne relèvent pas de la compétence du juge d'extradition.

Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance du juge Waite et de renvoyer l'affaire devant un juge d'extradition pour que les procédures se poursuivent en conformité avec la loi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER (dissident)—J'ai lu les motifs de mon collègue le juge La Forest et je suis d'accord avec lui pour dire que cette Cour a compétence pour entendre ce pourvoi. Je conviens également avec lui que cette affaire doit être renvoyée à l'instance inférieure compétente, quoique pour une fin différente.

Comme je l'ai indiqué dans *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique de façon générale à l'audience d'extradition dans la mesure où il s'appliquerait à une enquête préliminaire. À mon avis, le droit énoncé à l'al. 11b) est l'un de ceux garantis par l'art. 11, qui est applicable à une enquête préliminaire et à une audience d'extradition. La liberté et la sécurité de la personne soumise à l'audience d'extradition sont menacées par la tenue d'une audience et les principes de justice fondamentale exigent que l'audience soit complétée rapidement.

Il y a eu en l'espèce un retard de dix-sept mois entre la libération de Mellino, à cause de problè-

dentiary problems in the first extradition proceedings and the institution of the second proceedings. As this Court held in *Carter v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 981, at p. 985 with respect to the computation of time under s. 11(b):

As I have indicated in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, which has been handed down this same day, the time frame to be considered in computing trial within a reasonable time generally runs only from the moment a person is charged. In passing, I might add that I say "generally" because there might be exceptional circumstances under which the time might run prior to the actual charge on which the accused will be tried. As an example, if the Crown withdraws the charge to substitute a different one but for the same transaction, the computation of time might well commence as of the first charge.

The computation of time for the purposes of s. 11(b) thus started to run when the first extradition proceedings were instituted. I am of the view that the 17-month delay between the discharge of the respondent in the first hearing and the institution of the second proceedings, if unexplained, constitutes an infringement of the right to be tried within a reasonable time under s. 11(b). It is in my view irrelevant whether that delay was due to the acts of the Argentinian or the Canadian authorities, as the respondent's right is no less infringed whatever may be the source of the delay. Further, both governments are in a sense partners in the undertaking and it could be said that there is a domestication of the conduct of the Argentinian authorities.

As I discussed in *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564, an extradition judge is not a court of competent jurisdiction under s. 24(1) and applicants should seek remedy in the superior court. The extradition judge in this case, however, was a judge of the Alberta Court of Queen's Bench, which is a superior court. As in *Allard*, I think that, as a matter of practice, an application under s. 24(1) can be made to the extradition judge if he is also a superior court judge. At the time of the application in this case, however, the law as to who had jurisdiction under s. 24(1) was not clear, and it might well be that, as a result, the

mes de preuve éprouvés dans les premières procédures d'extradition, et le début des secondes procédures. Comme cette Cour l'a décidé dans l'arrêt *Carter c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 981, à la p. 985, relativement au calcul du délai visé à l'al. 11b):

Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Mills c. La Reine* [1986] 1 R.C.S. 863, rendu en même temps que le présent arrêt, en déterminant si un procès a eu lieu dans un délai généralement raisonnable, on ne doit tenir compte que du temps qui s'écoule à partir de l'inculpation. En passant, je puis ajouter que je dis «généralement» parce qu'il pourrait y avoir des circonstances exceptionnelles dans lesquelles le délai pourrait courir avant le dépôt de l'accusation dont l'accusé aura à répondre. Par exemple, si la poursuite retire l'accusation pour la remplacer par une autre mais pour la même affaire, le calcul du délai pourrait bien commencer à partir de la première accusation.

Le calcul du délai aux fins de l'al. 11b) commençait donc à courir au moment où les premières procédures d'extradition ont été entamées. J'estime que le retard de dix-sept mois entre la libération de l'intimé à la première audience et le début des secondes procédures, s'il demeure inexpliqué, constitue une violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable énoncé à l'al. 11b). À mon avis, la question de savoir si le retard est dû aux actes des autorités argentines ou canadiennes n'a aucune importance car le droit de l'intimé n'est pas moins violé, quelle que soit la source du retard. De plus les deux gouvernements sont, en un sens, associés dans l'entreprise et on pourrait dire qu'il y a «canadianisation» de la conduite des autorités argentines.

Comme je l'ai dit dans l'affaire *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564, un juge d'extradition n'est pas un tribunal compétent en vertu du par. 24(1) et les requérants devraient s'adresser à une cour supérieure. Le juge d'extradition en l'espèce est toutefois un juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, qui est une cour supérieure. Comme dans l'affaire *Allard*, je pense que, en pratique, une demande fondée sur le par. 24(1) peut être adressée au juge d'extradition s'il est également un juge de cour supérieure. À l'époque de la demande en l'espèce cependant, le droit n'était pas encore fixé quant à savoir qui avait

authorities did not attempt to explain and justify the otherwise unacceptable delay. This being so, I would allow the appeal and send matters back to Waite J. so that he can complete the s. 24(1) hearing and, subject to his decision on that issue, terminate the extradition proceedings either way.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I agree with Justice La Forest for the reasons given by him that this Court has jurisdiction to hear this appeal. I disagree with him, however, for the reasons I gave in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, that s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has no application to extradition proceedings. I think that *Charter* rights may be pleaded in such proceedings and that (subject to the application of s. 1 which I leave open) there could undoubtedly come a point at which the delay in pursuing extradition in Canada would be unreasonable and s. 11(b) could properly be invoked. I do not believe, however, that this is such a case.

A lapse of time which might be unreasonable and constitute a violation of s. 11(b) in a purely domestic proceeding may, in my view, be fairly justified in a proceeding with foreign elements. But I do not think it appropriate for a Canadian court to call a foreign state to account for delay caused by it. To this extent I agree with La Forest J. as to the role of international comity. The Canadian court seized of the extradition proceedings can call the Canadian authorities to account and demand of them an explanation for any seemingly unreasonable delay but it cannot, in my view, do the same with the authorities in a foreign country. Accordingly, unlike my colleague Justice Lamer, I believe that any delay relied on under s. 11(b) must be delay caused by the Canadian authorities. The reason for this conclusion is, in essence, that an assessment of the reasonableness or otherwise of a delay presupposes the right to demand an explanation for it. If this right is not there, no assessment can be made. It

compétence en vertu du par. 24(1) et il se pourrait bien que, en conséquence, les autorités n'aient pas tenté d'expliquer et de justifier le retard par ailleurs inacceptable. Cela étant, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire au juge Waite de manière qu'il puisse compléter l'audience tenue en vertu du par. 24(1) et, sous réserve de la décision sur cette question, pour terminer les procédures d'extradition en conséquence.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—Je conviens avec le juge La Forest, pour les motifs qu'il a donnés, que la Cour a compétence pour entendre le pourvoi. Je ne suis pas d'accord avec lui cependant pour dire, vu les motifs que j'ai donnés dans l'affaire *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, que l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas à des procédures d'extradition. Je pense que les droits que confère la *Charte* peuvent être invoqués dans ces procédures et que (sous réserve de l'application de l'article premier, question que je laisse en suspens) il peut sans aucun doute arriver un moment où le retard mis à rechercher une extradition au Canada deviendrait déraisonnable et permettrait d'invoquer l'al. 11b). Je ne crois pas cependant que ce soit le cas en l'espèce.

Un délai qui pourrait être déraisonnable et constituer une violation de l'al. 11b) dans une instance interne pure et simple peut, à mon avis, être parfaitement justifié dans une instance comportant des éléments étrangers. Mais je ne pense pas qu'un tribunal canadien devrait se permettre d'exiger de l'État étranger qu'il rende compte du délai dont il est responsable. Dans cette mesure, je partage l'opinion du juge La Forest sur le rôle que doit jouer la courtoisie internationale. Le tribunal canadien saisi des procédures d'extradition peut demander aux autorités canadiennes de rendre compte et d'expliquer tout délai qui paraît déraisonnable, mais il ne peut, à mon avis, le demander aux autorités d'un autre pays. C'est pourquoi, contrairement à mon collègue le juge Lamer, je crois que tout retard invoqué en vertu de l'al. 11b) doit avoir été causé par les autorités canadiennes. La raison en est que, essentiellement, pour déterminer si un délai est ou non raisonnable, il faut d'abord avoir le droit d'exiger qu'on l'explique. En

cannot be determined whether the foreign delay was reasonable or not. That delay cannot therefore be considered under s. 11(b).

This case and *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564 (released contemporaneously herewith), are distinguishable from *Schmidt* (also released contemporaneously) in this respect. No breach of international comity is involved in *Schmidt*. No autonomous foreign authority is being called to account in *Schmidt*. No foreign law is being criticized in *Schmidt*. The only issue in *Schmidt* is the scope of our own constitutional protections. Are they available to a person involved in Canadian extradition proceedings?

For the respondent to succeed in this case he would, in my view, have to establish that the delay caused by the Canadian authorities was unreasonable. Since I do not see how he could possibly discharge that burden on the facts of this case, I agree with La Forest J. that the extradition judge was in error in discharging Mellino on the basis that his s. 11(b) right had been violated.

With respect to Mellino's argument that the delay in the extradition proceedings constituted an abuse of process or a violation of s. 7 of the *Charter*, again for the reasons I gave in *Schmidt*, I think it was perfectly open to the accused to raise these issues in the extradition proceedings. However, since the essence of the complaint is again the delay which was in large part due to the conduct of the Argentinian authorities, the argument based on abuse of process or s. 7 of the *Charter* must also fail.

On the issue of the jurisdiction of the extradition court judge, I agree with Lamer J. that an application may be made to such a judge under s. 24(1) of the *Charter* if, as in this case, he is also a superior court judge.

I would allow the appeal and remit the matter back to Waite J. to continue the extradition proceedings in accordance with law.

l'absence de ce droit, on ne peut le déterminer. On ne peut décider si le délai d'origine étrangère est raisonnable ou non. Ce délai ne peut par conséquent faire l'objet d'un examen en vertu de l'al. 11b).

Cette affaire ainsi que l'arrêt *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564, (rendu concurremment) doivent être distingués de l'arrêt *Schmidt* (également rendu aujourd'hui) à cet égard. Aucune atteinte à la courtoisie internationale n'est en cause dans l'affaire *Schmidt*. Aucune autorité étrangère autonome n'est appelée à rendre compte dans cette dernière affaire. Aucune loi étrangère n'y fait l'objet de critiques. La seule question en litige dans l'affaire *Schmidt* est la portée de nos propres garanties constitutionnelles. Une personne qui fait l'objet de procédures d'extradition canadiennes peut-elle s'en prévaloir?

Pour que l'intimé ait gain de cause en l'espèce, il lui faudrait, à mon avis, démontrer que le retard causé par les autorités canadiennes était déraisonnable. Comme je ne vois pas comment il pourrait parvenir à s'acquitter de ce fardeau étant donné les faits, je conviens avec le juge La Forest que le juge d'extradition a élargi Mellino à tort, en se fondant sur la violation du droit que lui confère l'al. 11b).

Quant à l'argument de Mellino que le délai relatif à la procédure d'extradition constituait un emploi abusif des procédures ou une violation de l'art. 7 de la *Charte*, ici encore, pour les raisons que j'ai données dans l'affaire *Schmidt*, je pense que l'accusé est parfaitement en droit d'exciper de ces moyens dans les procédures d'extradition. Mais, puisque essentiellement la plainte porte sur le délai, dû en grande partie au comportement des autorités argentines, l'argument fondé sur l'emploi abusif des procédures ou sur l'art. 7 de la *Charte* doit aussi être rejeté.

Sur la compétence du juge du tribunal d'extradition, je conviens avec le juge Lamer qu'une requête peut être faite à ce juge en vertu du par. 24(1) de la *Charte* si, comme en l'espèce, il est aussi juge d'une cour supérieure.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire au juge Waite pour que les procédures d'extradition suivent leur cours, conformément à la loi.

Appeal allowed, LAMER J. dissenting.

Pourvoi accueilli, le juge LAMER est dissident.

*Solicitor for the appellant: Roger Tassé,
Ottawa.*

Procureur de l'appelante: Roger Tassé, Ottawa.

*Solicitor for the respondent: John D. James, a
Calgary.*

Procureur de l'intimé: John D. James, Calgary.

United States of America Appellant

v.

Alain Allard and Jean-Pierre Charette Respondents

INDEXED AS: UNITED STATES v. ALLARD

File No.: 19168.

1985: December 19, 20; 1987: May 14.

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

ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT FOR QUEBEC

Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Extradition — Stay of proceedings ordered by extradition judge — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to entertain appeal — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Whether superior court judge, acting as extradition judge, a court of competent jurisdiction to grant remedies under s. 24(1) of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Application of Charter — Trial within a reasonable time — Extradition — Foreign country requesting extradition of fugitives five years after their return to Canada — Delay not attributable to Canadian authorities — Whether Charter has extraterritorial application so as to deprive a foreign country of a right conferred upon it by a treaty with Canada — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Foreign country requesting extradition of fugitives five years after their return to Canada — Delay not attributable to Canadian authorities — Whether the surrender of the fugitives to a foreign country violates s. 7 of the Charter.

In May 1969, during a flight from New York to Miami, the respondents allegedly hijacked the plane to Cuba. They came back to Canada in 1979, and the appellant was informed of their return the same year. In 1984, it requested the extradition of the respondents. At the hearing, after the presentation of the evidence, the respondents made a motion pursuant to ss. 7 and 24(1) of the *Charter* on the ground that the action taken by the appellant to obtain extradition had been delayed in that the appellant had approached the Canadian authorities fifteen years after the crime was committed, and about five years after the return of the respondents

États-Unis d'Amérique Appellant

c.

Alain Allard et Jean-Pierre Charette Intimés

RÉPERTORIÉ: ÉTATS-UNIS c. ALLARD

N° du greffe: 19168.

b 1985: 19, 20 décembre; 1987: 14 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC

Appel — Cour suprême du Canada — Compétence — Extradition — Suspension d'instance ordonnée par un juge d'extradition — Compétence de la Cour suprême du Canada pour entendre le pourvoi — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — Un juge de cour supérieure, agissant à titre de juge d'extradition, est-il un tribunal compétent pour accorder des réparations en vertu de l'art. 24(1) de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la Charte — Procès dans un délai raisonnable — Extradition — Pays étranger requérant l'extradition de fugitifs cinq ans après leur retour au Canada — Délai non attribuable aux autorités canadiennes — La Charte a-t-elle une application extra-territoriale de manière à priver un pays étranger d'un droit que lui confère un traité avec le Canada? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Pays étranger requérant l'extradition de fugitifs cinq ans après leur retour au Canada — Délai non attribuable aux autorités canadiennes — La remise des fugitifs à un pays étranger viole-t-elle l'art. 7 de la Charte?

En mai 1969, au cours d'un vol de New York à Miami, les intimés auraient détourné un avion vers Cuba. Ils sont revenus au Canada en 1979 et l'appellant a été informé de leur retour la même année. En 1984, il a demandé l'extradition des intimés. À l'audience, après la présentation de la preuve, les intimés ont présenté une requête en application de l'art. 7 et du par. 24(1) de la *Charte* pour le motif que la démarche de l'appellant pour obtenir l'extradition était tardive puisqu'elle était présentée aux autorités canadiennes quinze ans après le crime et environ cinq ans après le retour des intimés au Canada. Les intimés ont demandé au juge leur libéra-

to Canada. The respondents requested the judge to issue a stay of proceedings and release them because, under s. 7 of the *Charter*, there was an unjustified violation of their right to life, liberty and security of the person. A superior court judge, acting as an extradition judge, granted the motion. This appeal is to determine (1) whether the Supreme Court of Canada has jurisdiction under s. 41(1) of the *Supreme Court Act* to hear the appeal; (2) whether a judge of the Superior Court of Quebec, acting as an extradition judge, is a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* to order a stay of proceedings; (3) whether the *Charter* has extraterritorial application so as to deprive a foreign country of a right conferred upon it by a treaty with Canada; and (4) whether s. 7 of the *Charter* applies in the present case.

Held (Lamer J. dissenting): The appeal should be allowed and the matter remitted to the extradition judge to continue the proceedings in accordance with the law.

(1) *The Jurisdictional Issue*

This Court has jurisdiction to hear the present appeal. In setting the respondents free, the Superior Court judge, acting as an extradition judge, made a final judgment for the purposes of s. 41(1) of the *Supreme Court Act*.

Cases Cited

Followed: *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536.

(2) *The Charter Issues*

Per Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ.: A judge acting in an extradition matter is not a court of competent jurisdiction for the purposes of s. 24(1) of the *Charter*.

The *Charter* can only apply to the activities of the governments mentioned in s. 32. It therefore does not apply to the activities of a foreign government, especially when these take place in the foreign country. The delays referred to in this case are those of the United States prosecutorial authorities in that country. Accordingly s. 11(b) of the *Charter*, which deals specifically with delay, has no application in this case. Further, a judge acting as an extradition judge does not have jurisdiction to deal with defences. The various defences to the charge are for the consideration of the judge at the trial in the United States. It should not be presumed that the foreign court to which the task of conducting the trial will be assigned will fail to take account of the

tion par voie de suspension d'instance parce que, suivant l'art. 7 de la *Charte*, il y avait atteinte injustifiée à leur droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne. Un juge de cour supérieure, agissant à titre de juge d'extradition, a accueilli la requête. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si la Cour suprême du Canada a compétence en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* pour entendre le pourvoi; (2) si un juge de la Cour supérieure du Québec, agissant à titre de juge d'extradition, est un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* pour ordonner une suspension d'instance; (3) si la *Charte* a une application extra-territoriale de manière à priver un pays étranger d'un droit que lui confère un traité signé avec le Canada; et (4) si l'art. 7 de la *Charte* s'applique en l'espèce.

Arrêt (le juge Lamer est dissident): Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée au juge d'extradition pour que les procédures suivent leur cours conformément à la loi.

(1) *La question de compétence*

La Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi. En libérant les intimés, le juge de la Cour supérieure, agissant à titre de juge d'extradition, a rendu un jugement définitif aux fins du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536.

(2) *Les questions relatives à la Charte*

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest: Un juge agissant en matière d'extradition n'est pas un tribunal compétent aux fins du par. 24(1) de la *Charte*.

La *Charte* ne peut s'appliquer qu'aux activités des gouvernements visés par l'art. 32. Elle ne s'applique donc pas aux activités d'un gouvernement étranger, surtout sur son propre territoire. Les délais dont on fait état en l'espèce sont ceux des poursuivants américains dans leur pays. Donc, l'al. 11b) de la *Charte*, qui traite précisément des délais, n'a aucune application en l'espèce. En outre, un juge agissant en matière d'extradition n'a pas compétence pour examiner les moyens de défense. Les divers moyens de défense opposables à l'accusation relèvent de l'examen du juge au procès qui aura lieu aux États-Unis. Il ne faut pas présumer que le tribunal étranger à qui la tâche de mener le procès sera confiée, ne tiendra pas compte du genre de question que

kinds of questions the respondents raise. Rather, it must be presumed that the respondents will get a fair trial.

Finally, s. 7 of the *Charter* has no application in this case. The mere fact of surrendering, by virtue of a treaty, a person accused of having committed a crime in another country for trial in accordance with the ordinary procedures prevailing in that country, does not in itself amount to an infringement of fundamental justice, certainly when it has been established before a Canadian court that the acts charged would constitute a crime in Canada if it had taken place here. To arrive at the conclusion that the surrender of the respondents would violate the principles of fundamental justice, it would be necessary to establish that the respondents would face a situation that is simply unacceptable. Furthermore, it must be remembered that the discretion to make such a decision is primarily that of the executive. The courts undoubtedly have the right to review the decision by virtue of their responsibility to uphold the Constitution but this is a role that must be exercised with caution. Our international obligations are involved here and the executive obviously has the primary responsibility in this area.

Per Wilson J.: An extradition judge is not normally a court of competent jurisdiction for purposes of s. 24(1) of the *Charter*. But where as here the extradition judge is a superior court judge, then the s. 24(1) application may be made to him.

The *Charter* applies to extradition proceedings in a Canadian court and the respondents were fully entitled to argue that their s. 7 rights were violated by the five-year delay in pursuing their extradition. To permit them to so argue is not to give the *Charter* extraterritorial effect. It is to give it effect in domestic proceedings in Canada which may, of course, have ramifications abroad. In order to succeed on their s. 7 argument, the respondents had to establish that the five-year delay in proceeding against them was caused by the Canadian authorities. But the evidence seems to indicate that the delay was almost the sole responsibility of the U.S. authorities. The extradition judge was in error, therefore, in issuing a stay of proceedings on the basis that the respondents' s. 7 rights had been violated.

Per Lamer J. (dissenting): The *Charter* is applicable to extradition proceedings taking place in Canada and to the decision of the executive to surrender. In this case, if the five-year delay is unexplained by the authorities, either American or Canadian, such delay constitutes an abuse of the extradition process taking place in Canada and therefore a violation of s. 7 of the *Charter*, and

les intimés soulèvent. Il faut plutôt présumer que les intimés subiront un procès équitable.

Enfin, l'art. 7 de la *Charte* ne s'applique pas en l'espèce. Le seul fait d'extrader, en vertu d'un traité, une personne accusée d'avoir commis un crime dans un autre pays pour qu'elle y soit jugée selon la procédure ordinaire applicable dans ce pays n'est pas, en soi, une atteinte à la justice fondamentale, en particulier quand on a établi devant un tribunal canadien que les faits en cause constitueraient un crime au Canada s'ils avaient eu lieu ici. Pour en arriver à la conclusion que l'extradition des intimés porterait atteinte aux principes de justice fondamentale, il faudrait démontrer que les intimés feraient face à une situation qui est simplement inacceptable. En outre, il faut se souvenir que le pouvoir discrétionnaire de rendre une telle décision appartient d'abord à l'exécutif. Les tribunaux ont sûrement un rôle de révision en vertu de leurs responsabilités de gardiens de la Constitution, mais c'est un rôle qu'ils doivent exercer avec prudence. Nos obligations internationales sont en jeu et l'exécutif a évidemment la responsabilité première dans ce domaine.

Le juge Wilson: Un juge d'extradition ne constitue pas normalement un tribunal compétent aux fins du par. 24(1) de la *Charte*. Mais lorsque, comme en l'espèce, le juge d'extradition est un juge de cour supérieure, il peut alors être saisi d'une requête.

La *Charte* s'applique à des procédures d'extradition devant un tribunal canadien et les intimés sont parfaitement en droit de soutenir que le retard de cinq ans mis à demander leur extradition viole les droits que leur confère l'art. 7. Les autoriser à ce faire ne donne pas à la *Charte* un effet extra-territorial. C'est lui donner effet dans des procédures internes au Canada quoiqu'elles puissent évidemment avoir des ramifications à l'étranger. Pour avoir gain de cause en invoquant l'art. 7, les intimés doivent établir que le délai de cinq ans écoulé avant qu'on agisse contre eux est le fait des autorités canadiennes. La preuve semble indiquer que les autorités américaines sont presque entièrement responsables du délai. Le juge d'extradition a eu tort d'ordonner la suspension d'instance pour violation des droits que l'art. 7 confère aux intimés.

Le juge Lamer (dissentant): La *Charte* s'applique aux procédures d'extradition qui ont lieu au Canada et à la décision de l'exécutif d'extrader. En l'espèce, s'il demeure inexpliqué par les autorités, américaines ou canadiennes, le retard de cinq ans constitue un emploi abusif des procédures d'extradition qui ont eu lieu au Canada et, par conséquent, une violation de l'art. 7 de la

respondents are entitled to a stay as a remedy under s. 24(1).

An extradition judge is not a "court of competent jurisdiction" within the meaning of s. 24(1) of the *Charter* and an applicant should normally seek remedy in the Superior Court. However, as a matter of practice, an application under s. 24(1) can be made to the extradition judge if he is also a superior court judge. At the time of the application in this case, the law as to who had jurisdiction under s. 24(1) was not clear, and it might well be that as a result, the authorities did not put before the superior court judge presiding at the extradition proceedings the reasons, if any, explaining and justifying the delays in acting to extradite. Consequently, the matters should be remitted to the superior court judge for completion of the s. 24(1) hearing and, subject to the decision on that issue, to terminate the extradition proceedings either way.

Cases Cited

By La Forest J.

Followed: *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; **referred to:** *Matter of Burt*, 737 F.2d 1477 (1984); *Jhirad v. Ferrandina*, 536 F.2d 478 (1976); *United States v. Galanis*, 429 F. Supp. 1215 (1977); *Neely v. Henkel (No. 1)*, 180 U.S. 109 (1901).

By Wilson J.

Referred to: *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536.

By Lamer J. (dissenting)

Canada v. Schmidt, [1987] 1 S.C.R. 500; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863.

Statutes and Regulations Cited

49 *United States Code*, s. 1472(i).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b), 24(1), 32.
 Constitution of the United States, Art. VI.
Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 10(1), 18(1).
Extradition Treaty Between Canada and United States of America, December 3, 1971, Can. T. S. 1976 No. 3, art. 8.
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41(1).

Charte, et les intimés auront droit à une suspension d'instance comme réparation en vertu du par. 24(1).

Un juge d'extradition n'est pas un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1) de la *Charte* et un requérant devrait donc s'adresser à la Cour supérieure. Cependant, en pratique, une demande fondée sur le par. 24(1) peut être adressée au juge d'extradition s'il est également un juge de cour supérieure. À l'époque de la demande en l'espèce, le droit n'était pas encore fixé quant à savoir qui avait compétence en vertu du par. 24(1), et naturellement il se pourrait bien que les autorités n'aient pas présenté au juge de cour supérieure qui présidait les procédures d'extradition les raisons, s'il en est, expliquant et justifiant les retards par ailleurs inacceptables à agir en vue de l'extradition. L'affaire doit donc être renvoyée au juge de cour supérieure pour qu'il complète l'audience tenue en vertu du par. 24(1) et, sous réserve de la décision sur cette question, pour terminer les procédures d'extradition en conséquence.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts suivis: *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; **arrêts mentionnés:** *Matter of Burt*, 737 F.2d 1477 (1984); *Jhirad v. Ferrandina*, 536 F.2d 478 (1976); *United States v. Galanis*, 429 F. Supp. 1215 (1977); *Neely v. Henkel (No. 1)*, 180 U.S. 109 (1901).

f Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536.

g Citée par le juge Lamer (dissident)

Canada c. Schmidt, [1987] 1 R.C.S. 500; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

Lois et règlements cités

h 49 *United States Code*, art. 1472(i).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(b), 24(1), 32.
 Constitution des États-Unis, Art. VI.
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41(1).
Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 10(1), 18(1).
 Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, 3 décembre 1971, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 8.

APPEAL from a judgment of Paul J. of the Quebec Superior Court¹, acting as an extradition judge, ordering a stay of proceedings. Appeal allowed, Lamer J. dissenting.

Jacques Letellier, Q.C., and Michael C. Blanchflower, for the appellant.

Pierre Poupart and Ronald Picard, for the respondents.

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

LA FOREST J.—The appellant, the United States of America, seeks the extradition of the respondents, Alain Allard and Jean-Pierre Charette, for the crime of hijacking a plane, alleged to have been committed on May 5, 1969 in the Eastern District of New York as well as for conspiracy to commit that crime committed at the same place between March 18, 1969 and May 5, 1969. The appellant alleges that these crimes were committed in the following manner.

On May 5, 1969, the respondents, using the pseudonyms N. Marion and J. Gagnon, allegedly bought first-class tickets for the New York-Miami flight of National Airlines leaving New York on the same day. During the flight, the respondents, using a firearm and a knife, forced the crew to fly to Havana, Cuba where they finally left the plane.

Already in 1969, the American authorities had some evidence in their possession implicating the respondents in this matter. On May 21, 1969, for example, the FBI, which had received photographs of the respondents, had shown them to the passengers and crew who identified the respondents as the persons who had hijacked the plane already mentioned. On January 15, 1975, a Federal Grand Jury of the District of Columbia returned an indictment against the respondents for aircraft piracy under Title 49, *United States Code*, § 1472(i), which was later substituted by a

¹ Sup. Ct. Mtl., September 13, 1984, Nos. 500-27-009036-841, 500-27-009035-843.

POURVOI contre un jugement du juge Paul de la Cour supérieure du Québec¹, agissant à titre de juge d'extradition, qui a ordonné une suspension d'instance. Pourvoi accueilli, le juge Lamer est dissident.

Jacques Letellier, c.r., et Michael C. Blanchflower, pour l'appelant.

Pierre Poupart et Ronald Picard, pour les intimés.

Le jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest a été rendu par

LE JUGE LA FOREST—L'appelant, les États-Unis d'Amérique, réclame l'extradition des intimés, Alain Allard et Jean-Pierre Charette, pour le crime de détournement d'avion qui aurait été commis le 5 mai 1969 dans le Eastern District de New York ainsi que pour la conspiration en vue de commettre ce crime perpétrée au même endroit entre le 18 mars 1969 et le 5 mai 1969. Selon l'appelant, ces crimes auraient été commis de la façon suivante.

Le 5 mai 1969, les intimés, utilisant les pseudonymes N. Marion et J. Gagnon, auraient acheté des billets d'avion de première classe pour le vol New York-Miami de la compagnie National Airlines devant quitter New York le jour même. Au cours du vol, les intimés, utilisant une arme à feu et un couteau, auraient forcé l'équipage à se diriger vers la Havane à Cuba et à atterrir à cet endroit où ils quittèrent définitivement l'avion.

Déjà en 1969, les autorités américaines étaient en possession de certaines preuves impliquant les intimés dans l'affaire. Le 21 mai 1969, par exemple, le FBI, qui avait reçu des photographies des intimés, les a alors montrées aux passagers et à l'équipage qui les ont identifiés comme étant les auteurs du détournement d'avion dont nous avons fait mention. Le 15 janvier 1975, un jury d'accusation fédéral du district de Columbia prononçait une mise en accusation des intimés pour piraterie aérienne aux termes du *United States Code*, Titre 49, § 1472(i); cette dernière fut remplacée plus

¹ C.S. Mtl., 13 septembre 1984, n^o 500-27-009036-841, 500-27-009035-843.

superseding indictment in the Eastern District of New York on May 10, 1983.

The respondents remained in Cuba for about ten years, Charette until January 14, 1979, Allard until December 22, 1979. On their return to Montreal, they were arrested on disembarking from the plane by police officers who held warrants for their arrest in connection with incidents that occurred in Canada before 1969. Following that, they underwent short periods of imprisonment for crimes committed in Canada before 1969. The record does not, however, indicate either the dates or the length of time of their incarceration. The appellant was informed of the respondents' return to Canada in 1979.

On May 3, 1984, at the request of the appellant and pursuant to an information made by a member of the RCMP, arrest warrants were issued against the respondents by Ducros J. of the Superior Court of Montreal, acting as an extradition judge, pursuant to s. 10(1) of the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21. On May 6, 1984, the respondents were arrested pursuant to the warrants but were released on bail the day of their appearance. After several adjournments, the case was heard by Paul J. of the Superior Court of Quebec on June 18, 19, 21 and 26 and was continued on August 28 and September 13, 1984.

After the presentation of the evidence of the above related facts, the respondents made a motion before Paul J. pursuant to ss. 7 and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that the action taken by the appellant to obtain extradition had been delayed in that the appellant had approached the Canadian authorities fifteen years after the crime was committed, and about five years after the return of the respondents to Canada. The respondents requested the judge to issue a stay of proceedings and release them because, under s. 7 of the *Charter*, there was an unjustified violation of their right to life, liberty and security of the person.

Basing himself on s. 24(1) of the *Charter*, Paul J. granted the motion and ordered a stay of pro-

tard par une «mise en accusation de remplacement» dans le Eastern District de New York le 10 mai 1983.

Les intimés sont restés à Cuba pendant environ dix ans, Charette jusqu'au 14 janvier 1979, Allard jusqu'au 22 décembre 1979. À leur retour à Montréal, ils furent arrêtés à leur descente d'avion par des officiers de police détenteurs de mandats d'arrestation relativement à des incidents survenus au Canada avant 1969. Suite à cela, ils ont purgé de courtes peines d'emprisonnement pour des crimes commis au Canada avant 1969. Toutefois, le dossier n'indique ni les dates ni la durée de cette incarcération. L'appelant a été mis au courant du retour des intimés au Canada au cours de 1979.

Le 3 mai 1984, à la demande de l'appelant et à la suite d'une dénonciation d'un membre de la GRC, des mandats d'arrestation furent lancés contre les intimés par le juge Ducros de la Cour supérieure du district de Montréal, agissant en matière d'extradition, conformément au par. 10(1) de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21. Le 6 mai 1984, les intimés ont été arrêtés en vertu de ces mandats, mais ils furent remis en liberté aux termes d'un engagement le jour de leur comparution. Après quelques ajournements, la cause fut entendue par le juge Paul de la Cour supérieure du Québec, les 18, 19, 21 et 26 juin et fut reprise les 28 août et 13 septembre 1984.

Après avoir entendu la preuve des faits relatés ci-dessus, le juge Paul fut saisi par les intimés d'une requête fondée sur l'art. 7 et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* au motif que la démarche de l'appelant pour obtenir l'extradition était tardive puisque présentée aux autorités canadiennes quinze ans après le crime et environ cinq ans après le retour des intimés au Canada. Les intimés réclamaient du juge leur libération par voie d'arrêt des procédures parce que, suivant l'art. 7 de la *Charte*, il y avait atteinte injustifiée à leur droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne.

Le juge Paul fit droit à cette requête et ordonna l'arrêt des procédures en s'appuyant sur le par.

ceedings and, in consequence, released the respondents. In his view, the American authorities had known the identity of the respondents since 1969, but in spite of that, a request for extradition was only made in 1984. Obviously, the United States was not responsible for the ten-year delay while the respondents were in Cuba, but in the judge's view the authorities gave no adequate explanation for the five-year delay after the respondents' return to Canada. It was certainly not, he stated, because of the need to obtain evidence. In his view, whether the delay was intentional or resulted from negligence, it amounted to a denial of justice.

Paul J. also decided that he was a court of competent jurisdiction for the purposes of s. 24(1) of the *Charter*.

The following questions arise on this appeal:

1. Does the Supreme Court of Canada have jurisdiction under s. 41(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, to hear the appeal?
2. Is a judge of the Superior Court of Quebec, acting as an extradition judge, a "court of competent jurisdiction" under s. 24(1) of the *Charter* to order a stay of proceedings?
3. Does the *Charter* have extraterritorial application so as to deprive a foreign country of a right conferred upon it by a treaty with Canada?
4. Does s. 7 of the *Charter* apply in the present case?

In *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, a judgment delivered today, I explained why the first question must be answered in the affirmative. In setting the respondents free, Paul J. made a final judgment for the purposes of s. 41(1) of the *Supreme Court Act*. This Court therefore has jurisdiction to hear the appeal.

As to the second question, I also explained in *Mellino* why a judge acting in an extradition matter is not a "court of competent jurisdiction" for the purposes of s. 24(1) of the *Charter*.

24(1) de la *Charte* et, en conséquence, libéra les intimés. Selon lui, les autorités américaines, qui connaissaient l'identité des intimés depuis 1969, n'ont fait une demande d'extradition qu'en 1984.

^a Évidemment les États-Unis n'étaient pas responsables du délai de dix ans pendant lequel les intimés étaient à Cuba, mais, de l'avis du juge, l'appelant n'a pas expliqué de façon adéquate le délai de cinq ans après le retour des intimés au Canada. ^b Ce n'était certainement pas, nous dit-il, à cause de la preuve à recueillir. Selon lui, que le délai ait été intentionnel ou causé par négligence, il équivaut à un déni de justice.

^c

Le juge Paul décida aussi qu'il était un tribunal compétent aux fins du par. 24(1) de la *Charte*.

^d

Les questions qui se posent dans ce pourvoi sont les suivantes:

1. La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, pour entendre le présent pourvoi?
2. Le juge de la Cour supérieure du Québec, agissant en matière d'extradition, est-il «un tribunal compétent» au sens du par. 24(1) de la *Charte* pour ordonner un arrêt des procédures?
3. La *Charte* a-t-elle une application extra-territoriale privant un pays étranger d'un droit conféré par un traité signé avec le Canada?
4. L'article 7 de la *Charte* s'applique-t-il en l'espèce?

^e Dans l'arrêt *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, rendu également aujourd'hui, j'ai expliqué pourquoi il faut répondre à la première question par l'affirmative. En libérant les intimés, le juge Paul rendait un jugement définitif au sens du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. ⁱ Donc cette Cour a compétence pour entendre ce pourvoi.

^j Pour ce qui est de la deuxième question, j'ai aussi expliqué dans l'arrêt *Mellino* pourquoi un juge agissant en matière d'extradition n'est pas «un tribunal compétent» aux fins du par. 24(1) de la *Charte*.

The answer to the last two questions may also be found by referring to my reasons for judgment in *Mellino* as well as those in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, a judgment also delivered today. As to these two questions, it seems obvious in the first place that the *Charter* can only apply to the activities of the governments mentioned in s. 32. It therefore does not apply to the activities of a foreign government, especially when these take place in the foreign country. The delays referred to in this case are those of the United States prosecutorial authorities in that country. Accordingly s. 11(b) of the *Charter*, which deals specifically with delay, has no application in this case.

As I indicated in the cases already cited, a judge acting as an extradition judge does not have jurisdiction to try the case. The various defences to the charge are for the consideration of the judge at the trial in the United States. It should not be presumed that the foreign court to which the task of conducting the trial will be assigned will fail to take account of the kinds of questions the respondents raise. Rather, it must be presumed that the respondents will get a fair trial. The general provision in article 8 of the treaty, which provides that the determination of whether extradition should be granted or refused shall be made in accordance with the law of the requested state and that a fugitive has all the rights to all remedies and recourses provided by law, was not intended to displace the entire structure of the system of extradition. One should not, therefore, interpret it as importing into an extradition hearing all the defences that could be raised at a trial of an accused in Canada. The provision simply provides for the application of the law of the requested state to the determination of whether extradition will be granted, including remedies relevant to that procedure.

It is not the Canadian government that is prosecuting the respondents. Therefore, it is not that government that has a responsibility to see that the prosecution is conducted in accordance with procedures applicable in Canada. Accordingly, we need not enquire into whether the prosecution will conform to our procedures or if there are defences

On peut également trouver la réponse aux deux dernières questions en se référant à mes motifs dans l'affaire *Mellino*, ainsi que dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, un jugement également prononcé aujourd'hui. En ce qui a trait à ces deux questions, il me semble évident d'abord que la *Charte* ne peut s'appliquer qu'aux activités des gouvernements mentionnés à l'art. 32. Elle ne s'applique donc pas aux activités d'un gouvernement étranger, surtout dans son propre pays. Les délais dont on fait état en l'espèce sont ceux des poursuivants américains dans leur pays. Donc l'al. 11b) de la *Charte*, qui traite précisément des délais, n'a aucune application en l'espèce.

Comme je l'ai indiqué dans les arrêts précités, un juge agissant en matière d'extradition n'a pas la compétence pour tenir un procès. Les diverses défenses à l'accusation relèvent de l'examen du juge au procès qui aura lieu aux États-Unis. Nous ne devons pas présumer que le tribunal étranger à qui la tâche de mener le procès sera confiée, ne tiendra pas compte du genre de questions que les intimés soulèvent. Il faut plutôt présumer que les intimés subiront un procès équitable. La disposition générale, à l'article 8 du traité, qui prévoit que la décision d'accorder ou de refuser l'extradition doit être prise conformément à la loi de l'État requis et qu'un fugitif a droit à tous les recours prévus par ladite loi, n'a pas pour but de bouleverser tout le système d'extradition. Il ne faut donc pas l'interpréter comme introduisant dans une procédure judiciaire d'extradition toutes les défenses qu'un accusé pourrait soulever à un procès au Canada. L'article prévoit simplement l'application de la loi de l'État requis pour décider d'accorder ou de refuser l'extradition, y compris les recours qui s'appliquent à cette procédure.

Ce n'est pas le gouvernement canadien qui poursuit les intimés. Donc, ce n'est pas lui qui doit voir à ce que la poursuite se déroule selon les normes reconnues au Canada. Or il n'y a pas lieu de se demander si la poursuite sera conforme à notre procédure ou encore s'il existe une défense qui pourrait être soulevée au procès s'il avait lieu au

that could be raised if the trial took place in Canada. This would amount to exercising a jurisdiction that belongs to the country where the crime was committed.

I might add that we do not have at our disposal many of the facts that will be available to the court at the trial in the United States. Included among these are the duration of the trial of the respondents and their incarceration in Canada, during which time Canada was under no obligation to surrender the fugitives, as well as the delays inherent in the procedures for changing the venue of the trial in the United States. There may be other relevant questions to be addressed, such as whether there are witnesses who might not be able to appear because of the delay, as well as other circumstances that militate for or against a holding that there has been a violation of the principles of fundamental justice. But at all events these are questions for the court at the trial in the United States.

The only question that really arises, in this case, is whether the respondents will face a situation in the United States such that the mere fact of the Canadian government surrendering the respondents to the United States authorities for the purposes of trial in itself constitutes an infringement on fundamental justice. As I explained in the cases of *Schmidt* and *Mellino*, *supra*, the mere fact of surrendering, by virtue of a treaty, a person accused of having committed a crime in another country for trial in accordance with the ordinary procedures prevailing in that country, does not in itself amount to an infringement of fundamental justice, certainly when it has been established before a Canadian court that the acts charged would constitute a crime in Canada if it had taken place here. To arrive at the conclusion that the surrender of the respondents would violate the principles of fundamental justice, it would be necessary to establish that the respondents would face a situation that is simply unacceptable. Furthermore, it must be remembered that the discretion to make such a decision is primarily that of the executive. The courts undoubtedly have the right to review the decision by virtue of their responsibility to uphold the Constitution but this is

Canada. Cela équivaudrait à exercer une compétence qui est celle du pays où le crime a été commis.

^a Je devrais peut-être ajouter que nous ne disposons pas de bien des faits qui seront devant le tribunal durant le procès aux États-Unis. Parmi ceux-ci, mentionnons la durée du procès des intimés et de leur emprisonnement au Canada, durant lequel le Canada n'était pas obligé de les livrer, ainsi que les délais provenant des procédures pour changer l'endroit où le procès aurait lieu aux États-Unis. D'autres questions peuvent se poser. ^b Par exemple, y a-t-il des témoins qui ne pourront comparaître en raison du délai, ainsi que d'autres circonstances qui militeraient pour ou contre la conclusion qu'il y a eu violation des principes de la ^c justice fondamentale? Mais, enfin, ce sont des questions qui doivent être soulevées au procès aux États-Unis.

^e La seule question qui se pose vraiment en l'espèce est celle de savoir si les intimés se trouveront aux États-Unis dans une situation telle que le seul fait que le gouvernement canadien livre les intimés aux autorités américaines pour qu'ils y subissent ^f leur procès constitue en soi une atteinte à la justice fondamentale. Comme je l'ai expliqué dans les arrêts *Schmidt* et *Mellino*, précités, le seul fait d'extrader, en vertu d'un traité, une personne ^g accusée d'avoir commis un crime dans un autre pays pour qu'elle y soit jugée selon la procédure ordinaire applicable dans ce pays n'est pas, en soi, une atteinte à la justice fondamentale, en particulier quand on a établi devant un tribunal canadien ^h que les faits en cause constitueraient un crime au Canada s'ils avaient eu lieu ici. Pour en arriver à la conclusion que l'extradition des intimés porterait atteinte aux principes de justice fondamentale, il faudrait démontrer que les intimés feraient face à ⁱ une situation qui est simplement inacceptable. Il faut alors se souvenir qu'une telle décision discrétionnaire appartient d'abord à l'exécutif. Les tribunaux ont sûrement un rôle de révision en vertu de ^j leur responsabilité de sauvegarder la Constitution, mais c'est un rôle qu'ils doivent exercer avec prudence. Nos obligations internationales sont en jeu

a role that must be exercised with caution. Our international obligations are involved here and the executive obviously has the primary responsibility in this area.

As I indicated in *Schmidt and Mellino, supra*, the courts in the United States, which has a Constitution similar to ours, have proceeded in a similar manner. For example, in *Matter of Burt*, 737 F.2d 1477 (7th Cir. 1984), at p. 1487, where there was a delay of twenty years between the commission of the crime and the request for extradition, the Federal Court of Appeal of the United States expressed itself as follows:

We hold that no standards of fair play and decency sufficient to trigger due process concerns are automatically implicated when, in undertaking its foreign policy mission, a governmental extradition decision subjects a citizen accused of committing crimes in a foreign jurisdiction to prosecution in the foreign state after a substantial time has elapsed since the commission of the crime To constrain the government by placing on it the duty to undertake its extradition decisions with an eye not only toward the legitimate international interests of the United States as determined by the branch charged with that responsibility, but also toward the prejudice that might result to an individual accused because of the amount of time that has elapsed, would be to distort the aims of the diplomatic effort. After all, the actions of the United States in extraditing someone, do not result primarily from a desire to try the accused; it is the foreign state that is the instigator of the prosecutorial action.

See also: *Jhirad v. Ferrandina*, 536 F.2d 478 (2d Cir. 1976); *United States v. Galanis*, 429 F. Supp. 1215 (D. Conn. 1977), at p. 1224. Counsel for the respondents maintained that the experience in the United States was not apt because the second paragraph of Article VI of the Constitution of that country provides that, along with the Constitution, treaties are the supreme law of the land. That consideration, however, does not appear to have played any part in the decisions to which our attention was brought. Rather these cases appear to be based on the essential nature of extradition. Indeed, the leading case on the subject, *Neely v. Henkel (No. 1)*, 180 U.S. 109 (1901), was con-

et l'exécutif a évidemment la responsabilité première dans ce domaine.

a

Comme je l'ai indiqué dans les arrêts *Schmidt et Mellino*, précités, les tribunaux des États-Unis, dont la Constitution est semblable à la nôtre, ont procédé de la même façon. Par exemple, dans *Matter of Burt*, 737 F.2d 1477 (7th Cir. 1984), à la p. 1487, où un délai de vingt ans s'était écoulé entre la perpétration du crime et la demande d'extradition, voici comment la Cour d'appel fédérale des États-Unis s'est exprimée:

b

[TRADUCTION] Nous concluons qu'aucune norme de franc-jeu et de décence suffisante pour engendrer des questions de procédure équitable ne joue automatiquement lorsque, en assumant sa mission de politique étrangère, le gouvernement prend, en matière d'extradition, une décision qui assujettit un citoyen accusé d'avoir commis des crimes dans un ressort étranger à des poursuites dans le pays étranger après qu'un délai important se soit écoulé depuis la perpétration du crime . . . Ce serait déformer les visées des efforts diplomatiques que de forcer la main du gouvernement en lui imposant l'obligation de prendre ses décisions en matière d'extradition en ayant à l'esprit non seulement les intérêts légitimes des États-Unis sur le plan international tels que déterminés par la direction chargée de cette responsabilité, mais aussi le préjudice que pourrait subir un accusé en raison du délai écoulé. Après tout, le geste que posent les États-Unis en extradant quelqu'un ne résulte pas d'abord et avant tout de la volonté de faire subir un procès à l'accusé; c'est le pays étranger qui est l'instigateur des poursuites.

c

d

e

f

g

Voir aussi: *Jhirad v. Ferrandina*, 536 F.2d 478 (2d Cir. 1976); *United States v. Galanis*, 429 F. Supp. 1215 (D. Conn. 1977), à la p. 1224. L'avocat des intimés a prétendu que l'expérience des États-Unis était inapplicable parce que le second paragraphe de l'Article VI de la Constitution de ce pays prévoit que les traités, comme la Constitution, sont la loi suprême du pays. Cependant cette constatation ne semble pas avoir joué de rôle dans les arrêts qu'on nous a cités. Plutôt, ces arrêts semblent se fonder sur l'essence de l'extradition. En effet, l'arrêt de principe, *Neely v. Henkel (No. 1)*, 180 U.S. 109 (1901), avait trait à une loi du

cerned with a statute of the United States Congress and makes no reference to the treaty power.

For these reasons, I would allow the appeal, quash the judgment of Paul J. and remit the matter to the judge acting in an extradition matter so that he may continue the hearing of the matter in accordance with the law.

The following are the reasons delivered by

LAMER J. (dissenting)—I have read the reasons of my colleague Justice La Forest and agree with him that this Court has jurisdiction to hear this appeal. I also agree with him that this matter should be remitted below albeit for a different purpose. He refers to his reasons in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, with which I was partly in agreement. In disposing of this appeal I reiterate what I said in *Schmidt*. Clearly the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does apply to the proceedings taking place in Canada and to the decision of the executive to surrender to the extent I set out in *Schmidt*.

While I agree with the limits set out by La Forest J. as to the application of our *Charter* to the prospective trial in the foreign country, I am here addressing the effect of s. 7 on the conduct of the extradition proceedings and the executive's possible eventual decision to deport Allard and Charette. If unexplained by the authorities, American or Canadian, the delay of five years to act is, in my view, as was the view of Paul J., an abuse of the extradition process taking place in Canada and therefore in violation of s. 7 of our *Charter*, and respondents are entitled to a stay as a remedy under s. 24(1). With respect, I do not think that any weight should be given to the fact that it is the American authorities, and not the Canadian authorities, who were responsible for the unexplained and thereby unacceptable delay. The respondents' right to liberty protected under s. 7 will not be any less restrained by the issuance by a Canadian judge of a warrant for committal under s. 18(1) of the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21, and thereafter by the executive's decision to surrender because the blameworthy conduct is that

Congrès des États-Unis et ne fait aucune allusion au pouvoir concernant les traités.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement du juge Paul et de renvoyer le dossier au juge agissant en matière d'extradition pour qu'il continue l'audition de la cause suivant les prescriptions de la loi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER (dissident)—J'ai lu les motifs de mon collègue le juge La Forest et je suis d'accord avec lui pour dire que cette Cour a compétence pour entendre ce pourvoi. Je conviens également avec lui que cette affaire doit être renvoyée à l'instance inférieure compétente, quoique pour une fin différente. Il renvoie à ses motifs de l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, avec lesquels je suis en partie d'accord. Je répète ici ce que j'ai dit dans l'arrêt *Schmidt*. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique de toute évidence aux procédures qui se déroulent au Canada et à la décision du pouvoir exécutif d'extrader, dans la mesure que j'ai exposée dans l'arrêt *Schmidt*.

Bien que je sois d'accord avec les limites établies par mon collègue le juge La Forest quant à l'application de notre *Charte* au procès éventuel dans un pays étranger, j'examine en l'espèce l'effet de l'art. 7 sur la façon dont sont menées les procédures d'extradition et la décision possible du pouvoir exécutif d'extrader Allard et Charette. Tant qu'il demeure inexpliqué par les autorités américaines ou canadiennes, le retard de cinq ans reste, à mon avis comme à celui du juge Paul, un emploi abusif des procédures d'extradition qui ont eu lieu au Canada, donc en violation de l'art. 7 de notre *Charte*, et les intimés ont droit à une suspension d'instance comme réparation en vertu du par. 24(1). Avec égards, je ne crois pas qu'il faille accorder d'importance au fait que ce sont les autorités américaines, et non les autorités canadiennes, qui sont responsables du retard inexpliqué et, partant, inacceptable. Le droit à la liberté que l'art. 7 accorde aux intimés ne sera pas moins restreint par un mandat de dépôt délivré par un juge canadien en vertu du par. 18(1) de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21, suivi de la

of the U.S.A. and not that of Canada. In a sense, both governments are partners in the undertaking and it could be said that there is a domestication of the conduct of the American authorities.

An extradition judge is not a court of competent jurisdiction acting under s. 24(1). Applicants should therefore seek remedy in the Superior Court, as was decided in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. In Quebec, however, extradition proceedings are held by Superior Court judges and I cannot see why applications could not as a matter of practice be made to the presiding judge instead of going to one of his or her colleagues for a remedy under s. 24(1). At the time of the application in this case, the law as to who was or was not a court of competent jurisdiction under s. 24(1) was not clear, and it might well be that the authorities did not understandably put before Paul J. reasons, if any, explaining and justifying the otherwise unacceptable delays in acting to extradite. This being so, I would agree to allow the appeal and to send matters back to Paul J. so that he can complete the s. 24(1) hearing and, subject to the decision on that issue, to terminate the extradition proceedings either way.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I agree with my colleague, Justice La Forest, that this Court has jurisdiction to entertain this appeal.

I also agree with my colleague that an extradition judge is not normally a court of competent jurisdiction for purposes of s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. But where as here and as in *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, the extradition judge is a superior court judge, then the s. 24(1) application may be made to him.

I believe for the reasons I gave in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, that the *Charter* applies to extradition proceedings in a Canadian court and that the respondents were fully entitled

décision d'extrader rendue par le pouvoir exécutif parce que la conduite blâmable est imputable aux États-Unis et non au Canada. En un sens, les deux gouvernements sont associés dans l'entreprise et on pourrait dire qu'il y a «canadianisation» de la conduite des autorités américaines.

Un juge d'extradition n'est pas un tribunal compétent agissant en vertu du par. 24(1). Les requérants devraient donc s'adresser à la Cour supérieure comme l'a décidé l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. Au Québec toutefois, les procédures d'extradition sont menées par des juges de la Cour supérieure et je ne vois pas pourquoi les demandes ne pourraient pas, en pratique, être adressées au juge qui préside au lieu d'être adressées à un de ses collègues en vue d'obtenir une réparation en vertu du par. 24(1). À l'époque de la demande en l'espèce, le droit n'était pas encore fixé quant à savoir qui avait compétence en vertu du par. 24(1) et il se pourrait donc bien que les autorités n'aient pas présenté au juge Paul les raisons expliquant et justifiant les retards par ailleurs inacceptables à agir en vue de l'extradition. Cela étant, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire au juge Paul, mais pour compléter l'audience tenue en vertu du par. 24(1) et, sous réserve de la décision sur cette question, pour terminer les procédures d'extradition en conséquence.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—Je partage l'avis de mon collègue le juge La Forest, selon lequel la Cour a compétence pour entendre le pourvoi.

Je conviens aussi avec mon collègue qu'un juge d'extradition ne constitue pas normalement un tribunal compétent aux fins du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mais lorsque, comme ici et comme dans l'affaire *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, le juge d'extradition est juge d'une cour supérieure, il peut alors être saisi d'une requête fondée sur le par. 24(1).

Je pense, pour les motifs que j'ai donnés dans l'affaire *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, que la *Charte* s'applique aux procédures d'extradition devant un tribunal canadien et que les intimés

to argue that their s. 7 rights were violated by the five-year delay in pursuing their extradition. To permit them to so argue is not, in my view, to give the *Charter* extraterritorial effect. It is to give it effect in domestic proceedings in Canada which may, of course, have ramifications abroad. This is not, however, in my view enough to warrant depriving Canadians of the benefit of Canada's supreme law in a Canadian court proceeding in the absence of a reasonable limit having been imposed on the *Charter* right under s. 1. As in *Schmidt* I leave the question of such a limit open as it is not necessary to deal with it in this case.

For the reasons I gave in *Mellino* I believe that in order to succeed on their s. 7 argument the respondents would have to establish that the five-year delay in proceeding against them was caused by the Canadian authorities. The contrary appears to be the case. The delay seems to have been almost the sole responsibility of the U.S. authorities. I believe that the extradition judge was in error, therefore, in issuing a stay of proceedings on the basis that the respondents' s. 7 rights had been violated.

I would allow the appeal and remit the matter back to Paul J. to continue the extradition proceedings according to law.

Appeal allowed, LAMER J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitor for the respondent Allard: Pierre Poupart, Montréal.

Solicitors for the respondent Charette: Ménard, Hébert & Picard, Montréal.

sont parfaitement en droit de soutenir que le retard de cinq ans mis à demander leur extradition viole les droits que leur confère l'art. 7. Les autoriser à ce faire n'est pas, à mon avis, donner à la *Charte* un effet extra-territorial. C'est lui donner effet dans des procédures internes au Canada quoique, naturellement, elles puissent avoir des ramifications à l'étranger. Cela ne suffit pas toutefois, à mon avis, pour justifier d'interdire à des Canadiens de profiter de la loi fondamentale du Canada, dans une instance dont est saisi un tribunal canadien, en l'absence de restriction raisonnable à ce droit garanti par la *Charte* en vertu de l'article premier. Comme dans l'affaire *Schmidt*, je laisse la question d'une telle limitation en suspens, puisqu'il n'est pas nécessaire d'en traiter en l'espèce.

Pour les motifs que j'ai donnés dans l'affaire *Mellino*, pour avoir gain de cause en invoquant l'art. 7, les intimés doivent établir que le délai de cinq ans écoulé avant qu'on agisse contre eux est le fait des autorités canadiennes. Le contraire paraît être le cas. Il semble que ce soit les autorités américaines qui en soient presque entièrement responsables. Je crois que le juge d'extradition a donc eu tort d'ordonner la suspension d'instance pour violation des droits que l'art. 7 confère aux intimés.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire au juge Paul pour que les procédures d'extradition suivent leur cours, conformément à la loi.

Pourvoi accueilli, le juge LAMER est dissident.

Procureur de l'appelant: Roger Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intimé Allard: Pierre Poupart, Montréal.

Procureurs de l'intimé Charette: Ménard, Hébert & Picard, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Bradley James Vermette *Respondent*

INDEXED AS: R. v. VERMETTE

File No.: 17760.

1986: April 23; 1987: May 14.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Chouinard*,
Lamer and Wilson J.J.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Criminal law — Contempt of court — Procedure — Crown proceeding by way of indictment — Accused re-electing trial by magistrate — Conviction entered on plea of guilty — Whether or not provincial court had jurisdiction to consider criminal contempt — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 8, 127(2), 484(1).

Courts — Jurisdiction — Criminal contempt — Whether or not jurisdiction in provincial court.

Respondent was charged with criminal contempt of court after having threatened the complainant in another criminal matter to which respondent had pleaded guilty. The Crown elected to proceed by way of indictment under Part XVI of the *Criminal Code*. Respondent elected trial by judge without a jury but later re-elected trial by magistrate and pleaded guilty. With new counsel, the respondent appealed his conviction to the Court of Appeal. His conviction was set aside and an acquittal entered. This appeal involves consideration of the power of the courts in Canada to deal with contempt of court in view of the provisions of s. 8 of the *Code*. That section, after excluding convictions at common law and under certain United Kingdom and pre-Confederation enactments, now provides: "but nothing in this section affects the power, jurisdiction or authority that a court, judge, justice or provincial court judge had, immediately before the 1st day of April 1955, to impose punishment for contempt of court".

Held: The appeal should be dismissed.

Section 8 of the *Code* preserves the courts' inherent jurisdiction or power to punish for contempt whether by

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Bradley James Vermette *Intimé*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. VERMETTE

N° du greffe: 17760.

1986: 23 avril; 1987: 14 mai.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre,
Chouinard*, Lamer et Wilson.

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

c

Droit criminel — Outrage au tribunal — Procédure — La poursuite procède par voie d'acte d'accusation — Procès par magistrat constituant le nouveau choix de l'intimé — Déclaration de culpabilité inscrite sur plaidoyer de culpabilité — La Cour provinciale est-elle compétente pour examiner un outrage au tribunal? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 8, 127(2) 484(1).

d

Tribunaux — Compétence — Outrage criminel — La Cour provinciale est-elle compétente?

e

L'intimé a été accusé d'outrage criminel au tribunal après avoir menacé la plaignante dans une autre affaire criminelle dans laquelle il avait plaidé coupable. Le ministère public a choisi de procéder par voie d'acte d'accusation aux termes de la Partie XVI du *Code criminel*. L'intimé a choisi un procès par un juge sans jury, mais par la suite a choisi à nouveau un procès par magistrat et a plaidé coupable. Avec un nouvel avocat, l'intimé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel. Sa déclaration de culpabilité a été rejetée et un acquittement a été inscrit. Le présent pourvoi porte sur l'examen du pouvoir des tribunaux canadiens de traiter de l'outrage au tribunal compte tenu des dispositions de l'art. 8 du *Code*. Cet article, après avoir exclu les déclarations de culpabilité en *common law* et en vertu de certains textes législatifs du Royaume-Uni et de textes antérieurs à la Confédération, prévoit maintenant: «mais rien au présent article n'atteint le pouvoir, la juridiction ou l'autorité qu'une cour, un juge, juge de paix ou juge de la cour provinciale possédait, immédiatement avant le 1^{er} avril 1955, d'imposer une peine pour outrage au tribunal».

f

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

g

L'article 8 du *Code* conserve plutôt la compétence inhérente des tribunaux ou le pouvoir d'imposer une

h

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

summary procedure or by indictment. The respondent's conduct in threatening the complainant amounted to a contempt *ex facie* the court. The jurisdiction to deal with contempt *ex facie* has always been vested exclusively in the superior courts and remains so. Criminal contempt, while triable by indictment, is not triable in Canada as an indictable offence under Part XVI of the *Code* and the accused, therefore, had no right to an election. The respondent's conviction cannot stand because his election could not vest the provincial court judge with jurisdiction which he did not possess. When an indictment for criminal contempt is employed in Canada, it must be direct indictment to the superior court.

Finally, the provincial court was not precluded from relying on the contempt power under s. 8 merely because the Crown could also have proceeded under s. 127 (2) of the *Code* (obstruction of justice).

Cases Cited

Referred to: *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *R. v. Revel* (1719), 1 Str. 420, 93 E.R. 609; *R. v. Fisher* (1811), 2 Camp. 563, 170 E.R. 1253; *R. v. Almon* (1765), Wilm. 243, 97 E.R. 94; *R. v. Bengert* (1980), 18 C.R. (3d) 75; *R. c. Ouellet*, [1976] C.S. 503, 28 C.C.C. (2d) 338; *R. v. Cohn* (1984), 4 O.A.C. 293; *McKeown v. The Queen*, [1971] S.C.R. 446; *Hébert v. Procureur général de la Province de Québec*, [1966] B.R. 197, [1967] 2 C.C.C. 111; *Vaillancourt v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 69; *In re Gerson*, [1946] S.C.R. 538.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 8, 116(1), 127(2), 484(1).

Authors Cited

Borrie, Sir Gordon and Nigel Lowe. *Borrie and Lowe's Law of Contempt*. 2nd ed. by Nigel Lowe. London: Butterworths, 1983.

Fox, Sir John Charles. *The History of Contempt of Court*. London: Professional Books, 1972.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [1983] 4 W.W.R. 707, 6 C.C.C. (3d) 97, 26 A.R. (2d) 1, allowing an appeal from conviction of criminal contempt of court by Dinkel Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

peine pour outrage que ce soit par voie de déclaration sommaire ou d'acte d'accusation. La conduite de l'intimé qui a menacé la plaignante équivalait à un outrage hors la présence du tribunal. Le pouvoir de traiter l'outrage *ex facie* a toujours été accordé exclusivement aux tribunaux d'instance supérieure et c'est toujours le cas. Bien que l'outrage criminel puisse venir à procès par voie d'acte d'accusation, il ne peut être jugé au Canada à titre d'acte criminel aux termes de la Partie XVI du *Code* et l'accusé n'a donc pas le droit de faire un choix. La déclaration de culpabilité de l'accusé ne peut être maintenue parce que son choix ne pouvait pas conférer au juge de la Cour provinciale une compétence qu'il n'avait pas. Lorsqu'un acte d'accusation est utilisé au Canada pour un outrage criminel, il doit l'être par acte d'accusation direct devant le tribunal d'instance supérieure.

Finalement, la cour provinciale n'était pas dans l'impossibilité de se fonder sur le pouvoir en matière d'outrage que lui confère l'art. 8 simplement parce que le ministère public aurait pu également procéder aux termes du par. 127(2) du *Code* (entrave à la justice).

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *R. v. Revel* (1719), 1 Str. 420, 93 E.R. 609; *R. v. Fisher* (1811), 2 Camp. 563, 170 E.R. 1253; *R. v. Almon* (1765), Wilm. 243, 97 E.R. 94; *R. v. Bengert* (1980), 18 C.R. (3d) 75; *R. c. Ouellet*, [1976] C.S. 503, 28 C.C.C. (2d) 338; *R. v. Cohn* (1984), 4 O.A.C. 293; *McKeown c. La Reine*, [1971] R.C.S. 446; *Hébert v. Procureur général de la Province de Québec*, [1966] B.R. 197, [1967] 2 C.C.C. 111; *Vaillancourt c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 69; *In re Gerson*, [1946] R.C.S. 538.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 8, 116(1), 127(2), 484(1).

Doctrine citée

Borrie, Sir Gordon and Nigel Lowe. *Borrie and Lowe's Law of Contempt*. 2nd ed. by Nigel Lowe. London: Butterworths, 1983.

Fox, Sir John Charles. *The History of Contempt of Court*. London: Professional Books, 1972.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [1983] 4 W.W.R. 707, 6 C.C.C. (3d) 97, 26 A.R. (2d) 1, qui a accueilli l'appel de la déclaration de culpabilité d'outrage criminel au tribunal du juge Dinkel de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Bruce W. Duncan, for the appellant.

No one appearing for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal involves consideration of the power of the courts in Canada to deal with contempt of court, in view of the provisions of s. 8 of the *Criminal Code*. That section, after excluding convictions at common law and under certain United Kingdom and pre-Confederation enactments, now provides: “but nothing in this section affects the power, jurisdiction or authority that a court, judge, justice or provincial court judge had, immediately before the 1st day of April 1955, to impose punishment for contempt of court”.

The facts may be briefly stated. The respondent was charged with theft from a purse belonging to one Carol McRae. Upon the matter coming on for trial, the respondent pleaded guilty. The complainant was present in court on this occasion to be called as a witness. It was, of course, unnecessary to call her after the plea of “guilty”, but she was prepared to give evidence and had given a statement to the police involving the respondent in the offence and it could have been decisive. She left the court, followed by the respondent. They entered the public elevator and he then threatened the complainant, saying: “she would remember this day when she got her pretty face slashed”. The complainant reported the matter and the following charge was laid against the accused:

on or about the 4th day of February, A.D., 1982 at Calgary in the said Province, did commit criminal contempt of Court not in the face of the Court, to wit: BY THREATENING Carol MCRAE a complainant in a criminal matter.

The Crown elected to proceed by way of indictment under Part XVI of the *Code*. On February 26, 1982, the respondent elected trial by judge without a jury. On March 30, 1982, the respondent re-elected trial by magistrate and thereupon pleaded guilty. He was sentenced to two months’

Bruce W. Duncan, pour l’appelante.

Personne n’a comparu pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu
a par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi comporte l’examen du pouvoir des tribunaux canadiens en matière d’outrage au tribunal compte tenu des dispositions de l’art. 8 du *Code criminel*. Cet article, après avoir exclu les déclarations de culpabilité en *common law* et en vertu de certains textes législatifs du Royaume-Uni et de textes antérieurs à la Confédération, prévoit maintenant: «mais rien au présent article n’atteint le pouvoir, la juridiction ou l’autorité qu’une cour, un juge, juge de paix ou juge de la cour provinciale possédait, immédiatement avant le 1^{er} avril 1955, d’imposer une peine
d pour outrage au tribunal».

Les faits peuvent être énoncés brièvement. L’intimé a été accusé du vol d’un sac à main appartenant à une nommée Carol McRae. Lorsqu’est venu le moment d’entendre l’affaire, l’intimé a plaidé coupable. La plaignante était présente en cour à cette occasion et devait être citée comme témoin. Évidemment, il n’était plus nécessaire de la citer après le plaidoyer de «culpabilité», mais elle était prête à déposer et elle avait fait une déclaration à la police qui aurait pu être décisive en ce qui a trait à la participation de l’intimé à l’infraction. Elle a quitté la cour, suivie par l’intimé. Ils sont entrés dans un ascenseur et il a alors menacé la plaignante en lui disant que [TRADUCTION] «elle se souviendrait de ce jour lorsqu’elle aurait le visage tailladé». La plaignante a rapporté l’incident et l’accusation suivante a été portée contre l’accusé:

[TRADUCTION] le 4 février 1982 ou vers cette date, à Calgary, dans ladite province, a commis un outrage criminel au tribunal hors la présence de la cour, savoir: EN MENAÇANT Carol MCRAE, une plaignante dans
i une affaire criminelle.

Le ministère public a choisi de procéder par voie d’acte d’accusation aux termes de la partie XVI du *Code*. Le 26 février 1982, l’intimé a choisi de subir son procès devant un juge sans jury. Le 30 mars 1982, l’intimé a choisi à nouveau de subir son procès devant un magistrat et il a alors plaidé

imprisonment. With new counsel, the respondent appealed his conviction to the Court of Appeal. His conviction was set aside and an acquittal entered.

In the Court of Appeal, now reported (1983), 6 C.C.C. (3d) 97, Belzil J.A., speaking for the Court (Moir, Belzil J.J.A. and Forsyth J. (*ad hoc*)) held that the threat made in the circumstances of this case constituted a contempt *ex facie*. He also held that an indictment did not lie for the common law offence of criminal contempt. It was his view that the saving provision of s. 8 of the *Code* preserves only the power of the courts to punish contempt by summary procedure and not by indictment. He said, at p. 102:

Section 8 does not purport to preserve indictment for the common law offence of criminal contempt. By preserving "the power, jurisdiction or authority ... to impose punishment for contempt of court", this section was intended to preserve the power of the courts to punish contempt by the *summary procedure*. It is only within the framework of this procedural power that the offence of criminal contempt in its broadest common law definition is preserved.

It was his opinion that procedure by indictment had been effectively replaced by sections of the *Code* which deal with specific aspects of criminal contempt. In reaching this conclusion, he said, at p. 104:

... I am of the view that s. 127(2) [of the *Code*], which makes it an offence to wilfully attempt to obstruct, prevent [*sic*] or defeat the course of justice, is sufficiently broad in its scope to include all acts of contempt at common law not already covered in other related *Criminal Code* offences. If I am wrong in this, and a gap does exist, the question should perhaps be re-examined by Parliament.

As stated above, the conviction was quashed.

coupable. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement de deux mois. Disposant des services d'un nouvel avocat, l'intimé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel. Sa déclaration de culpabilité a été annulée et un acquittement a été inscrit.

En Cour d'appel, dont l'arrêt est maintenant publié à (1983), 6 C.C.C. (3d) 97, le juge Belzil, s'exprimant au nom de la cour (les juges Moir, Belzil et Forsyth (*ad hoc*)) a conclu que la menace proférée dans les circonstances de l'espèce constituait un outrage *ex facie*. Il a également conclu qu'on ne pouvait procéder par voie d'acte d'accusation pour l'infraction de *common law* d'outrage criminel. Il a exprimé l'avis que la réserve de l'art. 8 du *Code* ne conserve que le pouvoir des tribunaux de punir l'outrage par voie de procédure sommaire et non par voie d'acte d'accusation. Il dit, à la p. 102:

[TRADUCTION] L'article 8 n'est pas censé conserver la procédure par voie d'acte d'accusation pour l'infraction de *common law* d'outrage criminel. En conservant «le pouvoir, la juridiction ou l'autorité ... d'imposer une peine pour outrage au tribunal», cet article était destiné à conserver le pouvoir des tribunaux de punir l'outrage par voie de *procédure sommaire*. C'est seulement dans le cadre de ce pouvoir en matière de procédure que l'infraction d'outrage criminel est conservée selon sa définition la plus large en *common law*.

Il s'est dit d'avis que cette procédure par voie d'acte d'accusation a effectivement été remplacée par les articles du *Code* qui traitent d'aspects particuliers de l'outrage criminel. En tirant cette conclusion, il affirme à la p. 104:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis que le par. 127(2) [du *Code*], selon lequel commet une infraction quiconque tente volontairement d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice, a une portée suffisamment générale pour comprendre tous les actes d'outrage en *common law* qui ne sont pas déjà visés dans d'autres infractions connexes du *Code criminel*. Si je suis dans l'erreur à ce propos et qu'il existe une lacune, la question devrait peut-être être examinée de nouveau par le Parlement.

Comme je l'ai dit précédemment, la déclaration de culpabilité a été annulée.

The Crown appeals to this Court by leave and raises only one point set out in the factum in these words:

Whether the Court of Appeal of Alberta erred in law in holding that procedure by Indictment for contempt of court is not available in Canada.

The respondent was not represented before this Court, although duly notified of the proceedings. We are indebted to counsel for the Crown who fairly put the matter before the Court without causing prejudice to the absent respondent.

To summarize the position taken by the Crown, it is sufficient to say it was asserted that the full contempt powers, not merely powers by way of summary proceedings, had been preserved in s. 8 of the *Code*; that the procedure by indictment remained available and that the existence of substantive offences in the *Code*, covering matters which were triable as well in contempt proceedings, did not oust the jurisdiction of the courts to proceed by indictment for contempt.

The power to deal with contempt as part of the inherent and essential jurisdiction of the courts has existed, it is said, as long as the courts themselves (see Fox, *The History of Contempt of Court*, 1972, p. 1). This power was necessary, and remains so, to enable the orderly conduct of the court's business and to prevent interference with the court's proceedings. Contempt powers existed for both superior courts and courts of inferior jurisdiction, but the jurisdiction of the inferior courts was limited to contempt in the face, or in the presence, of the court. The superior courts, in addition to the power to convict and punish for contempt in the face of the court, had exclusive jurisdiction concerning the trial and punishment of contempts *ex facie*, that is, contempts committed not in the face of the court. The law on this subject with a careful review of the relevant authorities is to be found in the judgment of Beetz J., speaking for this Court (it was unanimous on this point), in

Le ministère public forme un pourvoi devant cette Cour avec l'autorisation de celle-ci et ne soulève qu'un seul point énoncé dans le mémoire de la manière suivante:

^a [TRADUCTION] La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur de droit en statuant qu'au Canada on ne peut avoir recours à la procédure par voie d'acte d'accusation pour l'outrage au tribunal?

^b L'intimé n'était pas représenté devant cette Cour bien qu'il ait été dûment avisé des procédures. Nous sommes redevables à l'avocat du ministère public qui a honnêtement présenté la question devant la Cour sans causer de préjudice à l'intimé
^c absent.

Pour résumer la position adoptée par le ministère public, il suffit de dire qu'on a soutenu que les pouvoirs complets en matière d'outrage, et non simplement ceux exercés par voie de procédure sommaire, ont été conservés à l'art. 8 du *Code*; qu'on peut toujours utiliser la procédure par voie d'acte d'accusation et que l'existence d'infractions matérielles précises dans le *Code*, visant des questions qui pouvaient également être débattues dans des procédures d'outrage, n'a pas eu pour effet d'écarter la compétence des tribunaux de procéder par voie d'acte d'accusation en ce qui a trait à
^f l'outrage.

Le pouvoir de traiter l'outrage dans le cadre de la compétence inhérente et essentielle des tribunaux existe, dit-on, depuis aussi longtemps que les tribunaux eux-mêmes (voir Fox, *The History of Contempt of Court*, 1972, p. 1). Ce pouvoir était nécessaire et le demeure encore pour assurer la bonne marche des tribunaux et pour empêcher que l'on intervienne dans les procédures de la cour. Les pouvoirs en matière d'outrage existaient à la fois pour les cours supérieures et les cours d'instance inférieure, mais la compétence des tribunaux inférieurs était limitée à l'outrage commis en face ou en présence du tribunal. Les cours supérieures, en plus du pouvoir de déclarer coupable et d'imposer des peines pour l'outrage commis en présence de la cour, avaient compétence exclusive pour ce qui était de juger et d'imposer une peine en matière d'outrages *ex facie*, c'est-à-dire les outrages commis hors la présence de la cour. Le juge Beetz, s'exprimant au nom de cette Cour (unanime sur ce

Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission, [1979] 2 S.C.R. 618, who reached the following conclusion, at p. 638:

Accordingly, I think it is fair to conclude that the Anglo-Canadian authorities on the power to punish for contempt committed *ex facie curiae* have been firmly established for more than two hundred years. According to these authorities, this power is enjoyed exclusively by the superior courts.

He went on to say:

Such a rule is moreover justified in principle by the following considerations. The power to punish for contempt committed *ex facie* is liable to result in inquiries which may well involve a lower court in areas which are practically impossible to define in terms of jurisdiction and completely foreign to its own area of jurisdiction, which by definition is limited. Such an obstacle does not arise in the case of a court like the Superior Court, which is a court of original general jurisdiction (art. 31 C.C.P.) with *a priori* jurisdiction, or courts sitting in appeal from decisions of the Superior Court, which may in general render the decisions which the latter would have rendered. Moreover, the power to punish a contempt committed *ex facie* is necessarily bound up with the superintending and controlling power which only a superior court may exercise over inferior courts. This controlling power could become illusory if, in the case of a contempt committed *ex facie*, an inferior court had the right to go beyond its own particular field. There would also be the danger of conflict between the superior and inferior courts, of the kind that formerly existed in England between the common law and equity courts. Finally, the inferior courts are not without any means of ensuring that their lawful orders are observed: as Dorion C.J. notes in *Denis*, the superior courts may come to their aid; see also *R. v. Davies (supra)* and *Re Regina and Monette*.

Historically, the superior courts could deal with contempt *ex facie* by indictment: see *R. v. Revel* (1719), 1 Str. 420, 93 E.R. 609; *R. v. Fisher* (1811), 2 Camp. 563, 170 E.R. 1253; *Borrie and Lowe's Law of Contempt* (2nd ed. 1983). Later, it became the practice to deal with contempt *ex facie* by summary procedures as well: see *R. v. Almon* (1765), Wilm. 243, 97 E.R. 94. Today, summary

point), dans *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618, a énoncé le droit applicable en la matière en faisant un examen attentif de la doctrine et de la jurisprudence pertinente, et a tiré la conclusion suivante à la p. 638:

Il me paraît donc juste de conclure que la jurisprudence anglo-canadienne relative au pouvoir de punir un outrage commis *ex facie curiae* est une jurisprudence fixée qui date de plus de deux cents ans. Cette jurisprudence veut que ce pouvoir relève de la juridiction exclusive des cours supérieures.

Il a ajouté:

Une telle règle d'ailleurs se justifie en principe par les considérations suivantes. Le pouvoir de punir un outrage commis *ex facie* est susceptible de donner lieu à des enquêtes qui risquent d'entraîner un tribunal inférieur dans des domaines pratiquement impossibles à définir en termes de juridiction et complètement étrangers à celui de sa juridiction propre laquelle, par hypothèse, est limitée. Cet obstacle ne se retrouve pas dans le cas d'une cour comme la Cour supérieure qui est un tribunal de droit commun, (art. 31 C.p.c.) dont la juridiction est une juridiction de principe, ou de cours qui siègent en appel des décisions de la Cour supérieure et peuvent généralement rendre des décisions que celle-ci aurait dû rendre. Au surplus, le pouvoir de punir un outrage commis *ex facie* se rattache nécessairement au pouvoir de contrôle et de surveillance que seule une cour supérieure peut exercer sur les tribunaux inférieurs. Ce pouvoir de contrôle pourrait devenir illusoire si, à l'occasion d'un outrage commis *ex facie*, un tribunal inférieur avait la faculté de s'aventurer hors de son domaine particulier. Il y aurait également risque de conflit entre les cours supérieures et les cours inférieures, du genre de ceux qui opposèrent autrefois en Angleterre les cours de *common law* et les cours d'*equity*. Enfin, les tribunaux inférieurs ne sont pas dépourvus de tout moyen de faire observer leurs ordonnances légitimes: comme l'indique le juge en chef Dorion dans *Denis*, les cours supérieures peuvent leur venir en aide; voir également *R. v. Davies (supra)* et *Re Regina and Monette*.

Historiquement, les cours supérieures pouvaient traiter l'outrage *ex facie* par voie d'acte d'accusation: voir *R. v. Revel* (1719), 1 Str. 420, 93 E.R. 609; *R. v. Fisher* (1811), 2 Camp. 563, 170 E.R. 1253; *Borrie and Lowe's Law of Contempt* (2nd ed. 1983). Plus tard, il est devenu courant de traiter également l'outrage *ex facie* par voie de procédure sommaire: voir *R. v. Almon* (1765),

procedure has become more common and procedure by indictment has largely fallen into disuse (see *R. v. Bengert* (1980), 18 C.R. (3d) 75 (B.C.C.A.), per Nemetz C.J.B.C., at p. 84). In fact, it has been said that the last indictment for contempt *ex facie* in England was in 1902.

It has been suggested by various Canadian authorities that the proviso in s. 8 preserved only the summary procedure for the punishment of contempt *ex facie*. In the case at bar, Belzil J.A. expressed that view. He found support in *R. c. Ouellet*, [1976] C.S. 503, 28 C.C.C. (2d) 338, where Hugessen A.C.J. (as he then was) said, at p. 507 and pp. 345-46:

Assuming that contempt, as a common law crime, could be proceeded against by indictment in England, it remains to determine the effect of section 8 of the *Criminal Code* on any such proceedings launched in Canada. The only reported case that I know of is *R. c. Larue-Langlois* (1971) 14 C.R. 68, a judgment of the Court of Sessions, which is not binding on me. It is not necessary that I decide this point for the purpose of the present decision but I have serious doubts as to whether the reservation in section 8 of the right of a court "to impose punishment for contempt of court" is adequate to permit the preferring of an indictment for a common law crime contrary to the express prohibition of the earlier part of the same section.

These words were referred to by Martin J.A. in *R. v. Cohn* (1984), 4 O.A.C. 293, who said at p. 309, after reproducing the quotation above:

I share that doubt, particularly in view of the fact that procedure by way of indictment had fallen into disuse long before the enactment of s. 8.

With the greatest deference to the contrary views expressed on this question it is my opinion that, though now rarely employed, procedure by indictment for the punishment of contempt *ex facie*, not having been specifically abolished in Canada, is preserved by s. 8 of the *Code* and remains available. This view is supported by Canadian authority. In *McKeown v. The Queen*,

Wilm. 243, 97 E.R. 94. De nos jours, la procédure sommaire est devenue plus commune et la procédure par voie d'acte d'accusation est largement tombée en désuétude (voir *R. v. Bengert* (1980), 18 C.R. (3d) 75 (C.A.C.-B.), le juge en chef Nemetz, à la p. 84). En fait, on a dit que le dernier acte d'accusation en matière d'outrage *ex facie* en Angleterre a été présenté en 1902.

Dans divers précédents canadiens, on a laissé entendre que la réserve de l'art. 8 n'a conservé que la procédure par voie de procédure sommaire pour punir l'outrage *ex facie*. En l'espèce, c'est l'avis qu'a exprimé le juge Belzil. Il s'est fondé sur l'arrêt *R. c. Ouellet*, [1976] C.S. 503, 28 C.C.C. (2d) 338, dans lequel le juge en chef adjoint Hugessen (maintenant juge de la Cour fédérale), affirme à la p. 507 et aux pp. 345 et 346:

[TRADUCTION] Si l'on présume que l'outrage, en tant que crime de *common law*, pouvait faire l'objet d'une procédure par voie d'acte d'accusation en Angleterre, il reste à déterminer l'effet de l'art. 8 du *Code criminel* sur de telles procédures engagées au Canada. La seule décision publiée que je connaisse est *R. c. Larue-Langlois* (1971) 14 C.R. 68 un jugement de la Cour des sessions qui n'a pas force obligatoire à mon égard. Il n'est pas nécessaire que je tranche ce point aux fins du présent jugement, mais j'ai de sérieux doutes quant à savoir si la réserve, à l'art. 8, du droit d'un tribunal «d'imposer une peine pour outrage au tribunal» est suffisante pour permettre la présentation d'un acte d'accusation dans le cas d'un crime de *common law*, contrairement à l'interdiction expresse contenue dans la partie précédente du même article.

Le juge Martin a mentionné ces termes dans *R. v. Cohn* (1984), 4 O.A.C. 293, et a affirmé à la p. 309, après avoir reproduit l'extrait précité:

[TRADUCTION] Je partage ce doute, particulièrement compte tenu du fait que la procédure par voie d'acte d'accusation est tombée en désuétude longtemps avant l'adoption de l'art. 8.

Avec les plus grands égards pour les opinions contraires exprimées sur cette question, je suis d'avis que, bien qu'on y ait maintenant rarement recours, la procédure par voie d'acte d'accusation pour punir l'outrage *ex facie*, qui n'a pas été précisément abolie au Canada, est conservée par l'art. 8 du *Code* et on peut toujours y recourir. Cette opinion est appuyée par la doctrine et la

[1971] S.C.R. 446, Laskin J. (as he then was) and Spence J., while dissenting from the majority on the issue of whether the contempt involved in that case occurred in the face of the Court or *ex facie*, dealt with the point, although the majority did not find it necessary to do so. At page 463, Laskin J. said:

The development and general use of the summary procedures of committal and attachment did not change the quality of a criminal contempt, which had historically been an indictable offence, and as well one that could be prosecuted by criminal information: see 3 Holdsworth, *History of English Law*, 5th ed., 1942; pp. 392-4, 8 Halsbury, *Laws of England*, 3rd ed., 1954, p. 3; Oswald, *Contempt of Court* (Canadian edition), 1911, p. 7. Although resort to indictment and criminal information became infrequent, these procedures remained, and examples thereof are collected in Fox, *History of Contempt of Court*, 1927, *passim* and appendix; and see also Ziegel, "Some Aspects of the Law of Contempt of Court in Canada, England and the United States", (1960) 6 *McGill L.J.* 228, at p. 256. As I have already indicated, indictment is still available in this country for the trial of criminal contempts.

And see as well, *Hébert v. Procureur général de la Province de Québec*, [1966] B.R. 197, [1967] 2 C.C.C. 111 (Que. C.A.), and *Bengert, supra*. The important point to remember for this case, however, is that at common law — and this is what is specifically preserved by s. 8 of the *Code* — the jurisdiction to deal with contempt *ex facie* by indictment or summary procedure was always vested exclusively in the superior courts.

In the case at bar, I have no difficulty in agreeing with Belzil J.A. in the Court of Appeal, that the conduct of the respondent in threatening the complainant amounted to a contempt *ex facie* the court. The Crown chose to proceed by indictment. The respondent, however, exercised his right of election under s. 484(1) of the *Code*, which provides:

484. (1) Where an accused is charged in an information with an indictable offence other than an offence that is mentioned in section 427, and the offence is not one over which a magistrate has absolute jurisdiction

jurisprudence canadiennes. Dans l'arrêt *McKeown c. La Reine*, [1971] R.C.S. 446, le juge Laskin (plus tard Juge en chef) et le juge Spence, bien qu'ils aient exprimé une dissidence sur la question de savoir si l'outrage en cause avait été commis en présence de la Cour ou *ex facie*, ont traité ce point même si la Cour à la majorité n'avait pas jugé nécessaire de le faire. À la page 463, le juge Laskin affirme:

L'évolution des procédures sommaires d'incarcération et de contrainte par corps, et le recours général à ces procédures, n'ont pas modifié la nature de l'outrage criminel, de tout temps considéré comme infraction punissable par voie d'acte d'accusation mais aussi par voie de dénonciation criminelle: voir 3 Holdsworth, *History of English Law*, 5^e éd., 1942, pp. 392-4; 8 Halsbury, *Laws of England*, 3^e éd., 1954, p. 3; Oswald, *Contempt of Court* (éd. canadienne, 1911), p. 7. Les recours à l'acte d'accusation et à la dénonciation criminelle devinrent rares mais ce sont des procédures qui n'ont pas disparu; on en trouve des exemples dans Fox, *History of Contempt of Court*, 1927, *passim* et appendice; voir également Ziegel, «Some Aspects of the Law of Contempt of Court in Canada, England and the United States», (1960) 6 *McGill L.J.* 228, p. 256. Ainsi que je le disais, la procédure par acte d'accusation existe encore au Canada pour les outrages criminels.

Voir également *Hébert v. Procureur général de la Province de Québec*, [1966] B.R. 197, [1967] 2 C.C.C. 111 (C.A. Qué.), et *Bengert*, précité. Toutefois, le point important dont il faut se souvenir en l'espèce est que, en *common law*, et c'est ce que conserve précisément l'art. 8 du *Code*, le pouvoir de traiter l'outrage *ex facie* par voie d'acte d'accusation ou de procédure sommaire a toujours été attribué exclusivement aux cours supérieures.

En l'espèce, je n'ai aucune difficulté à convenir avec le juge Belzil que la conduite adoptée par l'intimé en menaçant la plaignante équivalait à un outrage commis hors la présence du tribunal. Le ministère public a choisi de procéder par voie d'acte d'accusation. Toutefois, l'intimé a exercé le droit de choisir que lui confère le par. 484(1) du *Code*, dont voici le texte:

484. (1) Lorsqu'un prévenu est inculpé, dans une dénonciation, d'un acte criminel autre qu'une infraction mentionnée à l'article 427, et que l'infraction n'en est pas une sur laquelle un magistrat a juridiction absolue

under section 483, a magistrate may try the accused if the accused elects to be tried by a magistrate.

He elected trial by magistrate. The result then was that the proceedings were taken and completed in the provincial court, a court of inferior jurisdiction without jurisdiction to deal with contempt *ex facie*.

The Crown submits that, under s. 8 of the *Code*, contempt is an indictable offence within the meaning of s. 484(1) and, accordingly, an accused is entitled to elect trial by magistrate, as set out in the section. In my view, however, this argument rests on an erroneous characterization of the contempt power, as preserved by s. 8. That section does not create an indictable offence for the purposes of the *Code*, but rather preserves the courts' inherent jurisdiction or power to punish for contempt. This distinction is illustrated in the decision of this Court in *Vaillancourt v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 69, where a fifteen-year old youth was convicted of contempt in the face of the court by a superior court judge for refusing to testify at a trial. On appeal, it was argued that the judge lacked jurisdiction to deal with the matter because of the exclusive jurisdiction of the youth court. Chouinard J., speaking for the Court, held that, had the appellant been charged under s. 116(1) or s. 127(2) of the *Code*, the youth court would have had exclusive jurisdiction. However, he referred to the difference between the laying of criminal charges under the *Code* and the exercise by the Court of its inherent jurisdiction to protect its processes through contempt proceedings, pursuant to s. 8 of the *Code*. To this effect, he quoted with approval the words of the trial judge, at p. 72:

[TRANSLATION] The first point to be noted from reading this section is that the legislator makes a very clear distinction between an offence contained in the Criminal Code or in an Act or ordinance in force, and the power, jurisdiction or authority of a court to impose a penalty for contempt of court. He has accordingly created a very clear distinction between offences and crimes on the one hand, and the power to impose a penalty for contempt of court on the other.

en vertu de l'article 483, un magistrat peut juger le prévenu si ce dernier choisit d'être mis en jugement par un magistrat.

Il a choisi de subir son procès devant un magistrat. Il en a alors résulté que les procédures ont été engagées et complétées devant la cour provinciale, un tribunal d'instance inférieure sans compétence pour traiter l'outrage *ex facie*.

Le ministère public soutient qu'en vertu de l'art. 8 du *Code* l'outrage est un acte criminel au sens du par. 484(1) et que, par conséquent, un accusé a le droit de choisir de subir son procès devant un magistrat, comme le prévoit cet article. À mon avis toutefois, cet argument se fonde sur une caractérisation erronée du pouvoir en matière d'outrage que conserve l'art. 8. Cet article ne crée pas un acte criminel aux fins du *Code*, mais conserve plutôt la compétence inhérente des tribunaux ou le pouvoir d'imposer une peine pour outrage. Cette distinction est illustrée dans l'arrêt de cette Cour *Vaillancourt c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 69, où un juge de cour supérieure a déclaré un adolescent de quinze ans coupable d'outrage commis en face ou en présence du tribunal, pour refus de témoigner à un procès. En appel, on a soutenu que le juge n'était pas compétent pour traiter l'affaire en raison de la compétence exclusive du tribunal de la jeunesse. Le juge Chouinard, s'exprimant au nom de la Cour, a conclu que si l'appelant avait été accusé en vertu du par. 116(1) ou du par. 127(2) du *Code*, le tribunal de la jeunesse aurait eu compétence exclusive. Toutefois, il a mentionné la différence qui existait entre le dépôt d'accusations criminelles aux termes du *Code* et l'exercice par la cour de sa compétence inhérente d'assurer le respect de ses mécanismes au moyen de procédures en matière d'outrage au tribunal, conformément à l'art. 8 du *Code*. À cet égard, il a cité et approuvé les termes du juge du procès, à la p. 72:

La première constatation qui s'impose à la lecture de cet article est que le Législateur fait une distinction très nette entre une infraction prévue au Code criminel ou par une Loi ou ordonnance en vigueur, et le pouvoir, la juridiction ou l'autorité d'une Cour d'imposer une peine pour outrage au Tribunal. Il a donc voulu créer une distinction très nette entre d'une part les infractions ou crimes, et d'autre part, le pouvoir d'imposer une peine pour outrage au Tribunal.

While *Vaillancourt* involved contempt in the face of the court, and is thus different from the case at bar, it nonetheless provides an accurate statement as to the true nature of the contempt power preserved under s. 8 of the *Code*. It illustrates the source of the problem which arose in the case at bar. The Crown, in proceeding as it did, was treating criminal contempt as an indictable offence under the *Code*. The procedure in respect of indictable offences enables an election for trial before the provincial court. Criminal contempt, however, as preserved by s. 8 of the *Code*, is an offence derived from the law of England and one which, according to the law of England which must be applied here, has always been triable only in the superior courts. While it is triable by indictment, it is not triable in Canada as an indictable offence under Part XVI of the *Code* and the accused therefore has no right to an election. It may be tried only in the superior court and, when an indictment for criminal contempt is employed in Canada, it would seem that it would have to be by direct indictment to the superior court.

The result then is that an accused, in this case the respondent, cannot by way of election under s. 484(1) of the *Code* vest the provincial court with jurisdiction which it does not possess. This is supported by the plain words of the saving provision of the *Code*. It preserves for the court its contempt powers which were derived from the common law. Jurisdiction to punish for contempt *ex facie* has always been vested exclusively in the superior courts and it remains so today. It therefore follows that the conviction of the respondent cannot stand, the magistrate having no jurisdiction.

As a final note, it is my view that merely because the Crown may also have proceeded under s. 127(2) of the *Code* (obstruction of justice), the court was not precluded from relying on the contempt power under s. 8. Support for this view is to be found in the decision of this Court *In re Gerson*, [1946] S.C.R. 538, where Rinfret C.J. stated, at p. 544:

Bien que l'arrêt *Vaillancourt* porte sur l'outrage commis en présence du tribunal et soit ainsi différent de l'espèce, il formule néanmoins une déclaration précise quant à la nature véritable du pouvoir en matière d'outrage que conserve l'art. 8 du *Code*. Il illustre la source du problème qui est soulevé en l'espèce. Le ministère public, en procédant comme il l'a fait, traitait l'outrage au tribunal comme un acte criminel en vertu du *Code*. La procédure relative aux actes criminels permet de choisir de subir son procès devant la cour provinciale. Toutefois, l'outrage criminel, tel qu'il est conservé par l'art. 8 du *Code*, constitue une infraction dérivée du droit de l'Angleterre et qui, selon le droit de l'Angleterre que l'on doit appliquer en l'espèce, a toujours relevé des seules cours supérieures. Bien qu'il puisse faire l'objet d'un procès par voie d'acte d'accusation, il ne peut pas le faire au Canada à titre d'acte criminel aux termes de la partie XVI du *Code* et l'accusé n'a donc aucun droit à un choix. Il ne peut faire l'objet d'un procès que devant une cour supérieure et, lorsqu'on a recours au Canada à un acte d'accusation pour un outrage criminel, il semblerait que cela doive se faire par voie d'acte d'accusation direct devant la cour supérieure.

Il en résulte donc qu'un accusé, en l'espèce l'intimé, ne peut au moyen d'un choix effectué en vertu du par. 484(1) du *Code* attribuer à la cour provinciale une compétence qu'elle n'a pas. Cela est étayé clairement par le texte de la réserve du *Code*. Elle conserve au tribunal ses pouvoirs en matière d'outrage qui découlaient de la *common law*. Le pouvoir d'imposer une peine pour outrage *ex facie* a toujours été accordé exclusivement aux cours supérieures et c'est toujours le cas aujourd'hui. Il en découle donc que la déclaration de culpabilité de l'intimé ne peut être maintenue, le magistrat n'étant pas compétent.

Finalement, je suis d'avis que, simplement parce que le ministère public aurait également pu procéder aux termes du par. 127(2) du *Code* (entrave à la justice), la cour n'était pas dans l'impossibilité de se fonder sur le pouvoir en matière d'outrage que lui confère l'art. 8. Cette opinion est appuyée par la décision de cette Cour dans *In re Gerson*, [1946] R.C.S. 538, où le juge en chef Rinfret déclare à la p. 544:

The power to punish for contempt is inherent in courts of superior original jurisdiction, quite independent of enactments in codes or statutes relating to their disciplinary powers.

For these reasons, I would dismiss the Crown's appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Bruce W. Duncan, Calgary.

Solicitor for the respondent: Peter Leask, Vancouver.

[TRADUCTION] Le pouvoir de punir pour outrage appartient en propre aux cours qui ont une juridiction supérieure de première instance, indépendamment des dispositions prévues dans les codes ou lois concernant leurs pouvoirs disciplinaires.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Bruce W. Duncan, Calgary.

Procureur de l'intimé: Peter Leask, Vancouver.

Carl R. Rahey Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. RAHEY

File No.: 18906.

1986: June 17; 1987: May 14.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Accused alleging a violation of his Charter right to be tried within reasonable time — Whether the superior court of a province a court of competent jurisdiction for the purposes of an originating application under s. 24(1) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 24(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Trial judge taking eleven months to decide a motion for a directed verdict — Whether accused's right to be tried within reasonable time infringed — Appropriate remedy for an infringement of s. 11(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 24(1).

Following an investigation by the Minister of National Revenue, appellant was charged in September 1981 with six counts of making false returns and one count of wilful evasion pursuant to s. 239(1) of the *Income Tax Act*, and all his property and assets and those of his associated companies were put into receivership. His trial before a provincial court judge began six months later. The Crown closed its case in November 1982 and, after an adjournment, the defence made a motion for a directed verdict on December 13, 1982. There were then, over a period of eleven months, nineteen adjournments initiated by the trial judge. For nine of those months, appellant raised no objection to the delay. But on September 13, 1983, he wrote to the Crown requesting that it seek a decision from the judge. When the judge ordered further adjournments, he wrote again to the Crown on several occasions alleging a violation of his constitutional rights and demanding the withdrawal of the charges. The requests were refused. Instead, the

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Carl R. Rahey Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée^a RÉPERTORIÉ: R. c. RAHEY

N° du greffe: 18906.

1986: 17 juin; 1987: 14 mai.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.^c EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, DIVISION D'APPEL

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — L'accusé allègue la violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit la Charte — La cour supérieure d'une province est-elle un tribunal compétent aux fins d'une requête introductive d'instance fondée sur l'art. 24(1) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 24(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Le juge du procès a pris onze mois pour statuer sur une requête en obtention d'un verdict imposé — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable? — Réparation convenable pour une violation de l'art. 11b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 24(1).

Suite à une enquête du ministre du Revenu national, on a porté contre l'appellant, en septembre 1981, conformément au par. 239(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, six chefs d'accusation d'avoir fait des fausses déclarations d'impôt et un chef d'accusation d'avoir volontairement éludé le paiement d'impôts, et tous ses biens et l'ensemble de son actif ainsi que ceux de ses sociétés affiliées ont été mis sous séquestre. Son procès devant un juge de la Cour provinciale a commencé six mois plus tard. La poursuite a terminé la présentation de sa preuve en novembre 1982 et, après un ajournement, la défense a demandé un verdict imposé, le 13 décembre 1982. Il y a eu, au cours d'une période de onze mois, dix-neuf ajournements demandés par le juge du procès. Pendant neuf de ces mois, l'appellant ne s'est pas objecté au délai. Mais le 13 septembre 1983, il a adressé à l'avocat de la poursuite une lettre le priant de demander au juge de rendre une décision. Lorsque le juge a ordonné d'autres ajournements, il a adressé de nouveau

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

Crown filed a motion for mandamus. On November 14, 1983, one day prior to the trial judge's decision dismissing the motion for a directed verdict, appellant made an application pursuant to s. 24(1) of the *Charter* to the Supreme Court of Nova Scotia for an order dismissing the charges. The application was based on an alleged violation of s. 11(b) of the *Charter*. The Court granted the application. The superior court judge held that the trial judge's delay had seriously prejudiced the appellant by impairing his ability to conduct his defence and to carry on business while under a continuing receivership and concluded that the only appropriate remedy was to dismiss the charges. On appeal, the Court of Appeal set aside the dismissal and directed that the trial proceed. The Court found that the evidence of prejudice was insubstantial and entirely speculative. This appeal is to determine (1) whether the Supreme Court of Nova Scotia was a court of competent jurisdiction for the purposes of an application under s. 24(1) of the *Charter*; (2) whether appellant's right to be tried under a reasonable time was infringed; and, if so, (3) whether the superior court judge properly exercised her jurisdiction in dismissing the charges because of the unreasonable delay of the trial judge.

Held: The appeal should be allowed and a stay of proceedings ordered.

(1) Where the trial judge is alleged to be the cause of the violation of the accused's rights under s. 11(b), the superior court is a court of competent jurisdiction for the purposes of an application under s. 24(1) of the *Charter*.

(2)—Section 11(b) of the *Charter* covers delays during the trial for which the judge is responsible.

—In assessing the reasonableness of a delay under s. 11(b), the court may consider the prejudice to the accused including (*per* Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.) prejudice to his ability to make full answer and defence and (*per* Estey, McIntyre, Wilson and La Forest JJ.) the civil consequences of the criminal proceedings.

—The accused's consent to the trial judge's adjournment did not constitute a waiver of delay.

à l'avocat de la poursuite plusieurs lettres dans lesquelles il alléguait qu'il y avait violation de ses droits constitutionnels et demandait le retrait des accusations. Ces demandes ont été refusées. La poursuite a plutôt déposé une demande de *mandamus*. Le 14 novembre 1983, la veille de la décision du juge du procès rejetant la requête en obtention d'un verdict imposé, l'appelant a présenté à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, en vue d'obtenir le rejet des accusations. La demande était fondée sur une alléguation de violation de l'al. 11b) de la *Charte*. La cour a fait droit à la demande. Le juge de la cour supérieure a conclu que le délai causé par le juge du procès avait nui gravement à l'appelant tant du point de vue de sa capacité de présenter une défense que de celui de sa capacité d'exploiter son entreprise pendant la durée du séquestre, et a conclu que la seule réparation convenable était le rejet des accusations. En appel, la Cour d'appel a annulé le rejet et a ordonné que le procès suive son cours. La cour a conclu que la preuve de l'existence d'un préjudice n'était pas substantielle et qu'elle était purement spéculative. Le présent pourvoi a pour objet de déterminer (1) si la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse est un tribunal compétent aux fins d'une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, (2) s'il y a eu atteinte au droit de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable, et, dans l'affirmative, (3) si le juge de la cour supérieure a exercé à bon droit sa compétence en rejetant les accusations en raison du délai déraisonnable causé par le juge du procès.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et une suspension d'instance est ordonnée.

(1) Lorsqu'on allègue que le juge du procès est à l'origine de la violation des droits que garantit à l'accusé l'al. 11b), la cour supérieure est un tribunal compétent aux fins d'une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*.

(2)—L'alinéa 11b) de la *Charte* vise les délais dont le juge est responsable au cours du procès.

—En évaluant le caractère raisonnable d'un délai au sens de l'al. 11b), un tribunal peut tenir compte du préjudice causé à l'accusé et notamment (les juges Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain et La Forest) du préjudice causé sur le plan de sa capacité de se constituer une défense pleine et entière et (les juges Estey, McIntyre, Wilson et La Forest) des répercussions civiles des procédures criminelles.

—Le consentement de l'accusé à l'ajournement demandé par le juge du procès ne constitue pas une renonciation à son droit d'invoquer un délai.

—The eleven-month delay constituted, in the circumstances of this case, an infringement of the accused's right to be tried within a reasonable time.

(3)—A stay is in this case the remedy.

—(*Per* Dickson C.J. and Beetz, Estey, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.) A stay of proceedings is the minimum remedy for an infringement of s. 11(b) because (*per* Dickson C.J. and Estey, Lamer and Wilson JJ.) the court has lost jurisdiction to proceed.

Per Dickson C.J. and Lamer J.: Generally, the court of competent jurisdiction for the purposes of an application under s. 24(1) of the *Charter* in an extant case is the trial court. While the superior court has concurrent original jurisdiction to hear such an application, it should usually decline to exercise its jurisdiction unless the trial court is an inappropriate forum to seek a remedy because, for example, it is itself allegedly in violation of the *Charter's* guarantees. The burden is upon the claimant to establish that the application is an appropriate one for the superior court's consideration. In the case at bar, since it is the presiding judge who is alleged to be the cause of a violation of the appellant's rights under s. 11(b), the Nova Scotia Supreme Court was right to exercise its jurisdiction to hear the s. 24 application.

Section 11(b) of the *Charter* gives an accused the right to be tried within a reasonable time. The fundamental purpose of that section is to protect the rights set forth in s. 7. The liberty of the accused may be impaired by pretrial detention or bail conditions. The concept of security of the person in s. 7 is not restricted, in the context of s. 11(b), to physical integrity; rather, it encompasses protection against overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation. The purpose of s. 11(b) is to limit the impact of various forms of prejudice to the accused by circumscribing the time period within which they may occur. Impairment of the accused's defence is not a factor to be considered under s. 11(b). The accused's right to mount a full and fair defence is more properly related to the right to a fair trial protected by s. 11(d) of the *Charter*.

To determine whether an accused's right under s. 11(b) has been infringed, the court should adopt a reasonableness test which involves a balancing of the inherent impairment of the accused's interest as of the

—Le délai de onze mois constitue, dans les circonstances de l'espèce, une violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable.

(3)—La suspension d'instance est la réparation qu'il convient d'accorder en l'espèce.

—(Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, Lamer, Wilson et Le Dain) La suspension d'instance est la réparation minimum qu'il convient d'accorder pour une violation de l'al. 11b) parce que (le juge en chef Dickson et les juges Estey, Lamer et Wilson) le tribunal n'a plus compétence pour procéder.

Le juge en chef Dickson et le juge Lamer: En général, le tribunal compétent dans une affaire pendante pour entendre une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* est la juridiction de jugement. Malgré sa compétence concurrente de première instance pour entendre une telle demande, la cour supérieure devrait normalement refuser d'exercer cette compétence à moins qu'il ne convienne pas de demander réparation à la juridiction de jugement pour le motif, par exemple, qu'elle violerait elle-même les garanties de la *Charte*. C'est au réclamant qu'il incombe d'établir qu'il y a lieu de soumettre sa demande à l'examen de la cour supérieure. En l'espèce, étant donné que l'on allègue que c'est le juge du procès qui est à l'origine d'une violation des droits conférés à l'appelant par l'al. 11b), la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a eu raison d'exercer sa compétence pour entendre la demande fondée sur l'art. 24.

L'alinéa 11b) de la *Charte* confère à l'accusé le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. L'objet fondamental de cette disposition est d'assurer la protection des droits énoncés à l'art. 7. La détention préventive ou les conditions d'une mise en liberté sous caution peuvent porter atteinte à la liberté d'un accusé. La notion de sécurité de la personne que contient l'art. 7 ne se limite pas à l'intégrité physique dans le contexte de l'al. 11b); elle englobe aussi celle de protection contre un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante. L'alinéa 11b) a pour objet de limiter l'effet des différentes formes de préjudice envers l'accusé, en délimitant la période où elles peuvent se produire. L'atteinte à la défense de l'accusé n'est pas un facteur à considérer en vertu de l'al. 11b). Le droit qu'a l'accusé de se constituer une défense pleine, entière et équitable se rapporte, à plus juste titre, au droit à un procès équitable que garantit l'al. 11d) de la *Charte*.

Pour déterminer s'il y a eu violation du droit que garantit à un accusé l'al. 11b), le tribunal doit adopter un critère du caractère raisonnable qui implique une équilibration de l'atteinte au droit de l'accusé à partir du

moment he is charged from the very fact of being prosecuted, such impairment becoming increasingly pronounced with the passage of time, against three other factors: (1) waiver of time periods; (2) the time requirements inherent in the nature of the case and (3) the limitations to institutional resources. Actual impairment of an accused's security interest need not be proven to render s. 11(b) operative. A subjective approach would place a near impossible burden of proof on the accused and might lead to an unacceptable degree of inequality of treatment. In assessing the reasonableness of a delay, a court may presume that the accused will have suffered an impairment to his security interest.

The time frame to be considered in computing trial within a reasonable time starts at the moment a person is charged but does not end at the moment the trial begins. It must continue until the end of the matter. Indeed, the stigma of being an accused does not end when the person is brought to trial but rather when the trial is at an end and a decision is rendered.

In the case at bar, while the charges against the accused were complicated, the eleven-month period of inaction on the part of the trial judge to decide a motion on a directed verdict, when inserted into the overall period of time, was unreasonable and unjustified.

Appellant's consent to the several adjournments requested by the trial judge cannot be weighed against him. Generally, a delay consented to by an accused should be excluded from consideration when assessing reasonableness, if such waiver is clear, unequivocal and informed. However, acquiescence to a delay requested by a judge in whose hands the fate of a motion for a directed verdict lies must be assessed differently than those delays in proceedings that are made at the Crown's request. An accused will usually consent to a short delay when the judge is deliberating on a motion for a directed verdict. That judge is in a position of authority and the accused would be well advised by counsel to extend to the judge every courtesy. Such behaviour is not a waiver for the eleven-month delay.

Where, on balancing the various factors, a court decides that the accused's right to be tried within a reasonable time has been contravened, a stay of proceedings will be the appropriate remedy. Such remedy is a minimum to which others may be added.

moment de son inculpation, atteinte qui procède du fait même des poursuites engagées contre lui et qui augmente radicalement avec le passage du temps, et de trois autres facteurs: (1) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul; (2) les délais inhérents à la nature de l'affaire et (3) les limitations des ressources institutionnelles. Pour que l'al. 11b) s'applique, il n'est pas nécessaire de prouver qu'il y a réellement atteinte à l'intérêt de l'accusé en matière de sécurité. Une démarche subjective imposerait à l'accusé un fardeau de preuve quasi impossible et pourrait susciter des inégalités de traitement inacceptables. En évaluant le caractère raisonnable d'un délai, un tribunal peut présumer que l'accusé aura été victime d'une atteinte à son intérêt en matière de sécurité.

Le laps de temps dont il faut tenir compte pour déterminer si le procès a eu lieu dans un délai raisonnable court à partir du moment de l'inculpation mais ne se termine pas au moment où le procès commence. Il doit courir jusqu'à la fin de l'affaire. En fait, les stigmates résultant d'une inculpation disparaissent non pas lorsque l'inculpé est traduit devant les tribunaux pour subir son procès, mais lorsque le procès prend fin et qu'une décision est rendue.

En l'espèce, bien que les accusations portées contre l'accusé aient été complexes, la période de onze mois pendant laquelle le juge du procès n'a pas rendu une décision sur une requête en obtention d'un verdict imposé, est déraisonnable et injustifiée lorsqu'on l'ajoute à la période globale.

Le consentement de l'appelant aux nombreux ajournements demandés par le juge du procès ne peut être invoqué contre lui. En général, le délai auquel a consenti un accusé ne devrait pas être pris en considération en évaluant le caractère raisonnable, si cette renonciation est claire, sans équivoque et éclairée. Toutefois, l'acquiescement à un délai demandé par le juge saisi d'une requête en obtention d'un verdict imposé doit être évalué différemment de l'acquiescement à des ajournements de procédures demandés par la poursuite. L'accusé consentira normalement à un bref ajournement lorsque le juge est en train de délibérer sur une requête en obtention d'un verdict imposé. Ce juge se trouve en situation d'autorité et l'accusé serait bien conseillé par son avocat de la faire montre de la plus grande obligeance envers le juge. Une telle conduite ne constitue pas une renonciation visant le délai de onze mois.

Lorsque, tenant compte des divers facteurs, le tribunal décide que le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable a été enfreint, la réparation convenable est la suspension d'instance. Cette réparation représente un minimum auquel d'autres formes de réparation peuvent être ajoutées.

Per Estey and Wilson JJ.: The superior court judge had jurisdiction to hear the s. 24(1) application and properly exercised her discretion in deciding to do so in the circumstances of this case.

Where, as in a case like this one, an accused's right to be tried within a reasonable time has been infringed, the only appropriate remedy available under s. 24(1) of the *Charter* is a stay of proceedings. A finding that s. 11(b) has been infringed goes to the jurisdiction of the court to put the accused on trial or to continue with the charges against him. Thus, a court cannot find a violation of s. 11(b) and still press the accused on to trial. Section 24(1) is a provision of general application which may be invoked by anyone whose rights under any of the rights sections of the *Charter* have been violated and is necessarily expressed so as to confer on a court of competent jurisdiction a broad discretion as to remedies. But this does not mean that all remedies are available for the violation of all rights. The remedy or remedies must be tailored to the particular right which has been violated.

In assessing whether or not the delay was reasonable in disposing of the charges against an accused, prejudice to the accused resulting from the delay is very relevant. If the delay has prejudiced the accused in his ability to make full answer and defence to the charges, this factor should be considered in determining the reasonableness of the delay notwithstanding that the accused's right to a fair trial is protected by s. 11(d). The prejudice relevant under s. 11(b) is the prejudice arising from the delay in processing or disposing of the charges against an accused and not the prejudice arising from the fact that he has been charged.

There was evidence before the court on which the superior court judge could properly have found an impairment of the appellant's liberty and security interests arising specifically from the delay in disposing of the charges against him. *Viva voce* testimony played a fairly central role in this case and it was open to the judge to infer that the passage of time would affect the witnesses' memories, particularly in this case where the events are routine book-keeping transactions which occurred ten years earlier. The appellant's liberty and security interests were also impaired by the receivership. The appellant succeeded in establishing a direct causal link between the delay in the criminal proceedings and

Les juges Estey et Wilson: Le juge de la cour supérieure était compétent pour entendre la demande fondée sur le par. 24(1) et elle a à bon droit exercé son pouvoir discrétionnaire en décidant de le faire dans les circonstances de l'espèce.

Lorsque, dans une affaire comme l'espèce, il y a eu violation du droit d'un accusé d'être jugé dans un délai raisonnable, la seule réparation qui puisse être accordée aux termes du par. 24(1) de la *Charte* est la suspension d'instance. Une conclusion qu'il y a eu violation de l'al. 11b) porte atteinte à la compétence du tribunal de faire subir un procès à l'accusé ou de maintenir les accusations portées contre lui. Ainsi, un tribunal ne peut conclure qu'il y a eu violation de l'al. 11b) et persister à faire subir son procès à l'accusé. Le paragraphe 24(1) est une disposition d'application générale qui peut être invoquée par toute personne dont les droits garantis par l'une ou l'autre des dispositions de la *Charte* ont été violés et qui est nécessairement formulée de manière à conférer à un tribunal compétent un large pouvoir discrétionnaire en matière de réparation. Toutefois, cela ne veut pas dire que toutes les formes de réparation sont disponibles pour la violation de n'importe quel droit. La réparation ou les réparations doivent être adaptées au droit particulier qui a été violé.

Pour évaluer si le temps pris pour statuer sur les accusations portées contre une personne constitue un délai raisonnable, le préjudice subi par l'accusé à cause du délai est très pertinent. Si le délai a porté préjudice à l'accusé pour ce qui est de sa capacité de se constituer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui, ce facteur devrait être examiné pour déterminer le caractère raisonnable du délai nonobstant le fait que le droit d'un accusé à un procès équitable est garanti par l'al. 11d). Le préjudice qui nous occupe aux termes de l'al. 11b) est le préjudice qui découle du temps pris pour traiter ou régler les accusations portées contre un accusé et non le préjudice qui découle du fait qu'il a été inculpé.

Le juge de la cour supérieure disposait d'éléments de preuve qui lui permettaient de conclure à bon droit qu'il y avait eu violation des intérêts de l'appelant en matière de liberté et de sécurité qui résultait précisément du temps pris pour statuer sur les accusations portées contre lui. Les dépositions orales ont joué un rôle assez crucial en l'espèce et le juge pouvait déduire que le temps écoulé estomperait les souvenirs des témoins, particulièrement en l'espèce où les événements sont des opérations courantes de tenue de livres qui se sont déroulées dix ans plus tôt. La mise sous séquestre a aussi porté atteinte aux intérêts de l'accusé en matière de liberté et de sécurité. L'appelant a réussi à établir un

the ongoing receivership. He was completely disabled from carrying on his business during this period. There is no reason why the civil impact of criminal proceedings cannot constitute prejudice to an accused resulting from delay under s. 11(b).

Finally, it is obvious that in this case the defence was inhibited in filing for mandamus and, in general, was in a very delicate position when it comes to complaining about the conduct of the trial. Accordingly, waiver should not be deemed to have occurred where counsel has consented to a judge-generated adjournment and no such waiver should therefore be deemed to have occurred in this case.

Per Beetz and Le Dain JJ.: The Supreme Court of Nova Scotia was in this case a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24(1) of the *Charter* and the appellant did not waive the right, guaranteed by s. 11(b) of the *Charter*, to be tried within a reasonable time.

The factors to be considered and weighed in determining whether there has been an infringement of the right to be tried within a reasonable time are: (a) whether the delay complained of is *prima facie* unreasonable, having regard to the inherent time requirements of the particular case; (b) the reasons or responsibility for the delay, having regard to the conduct of the prosecution and the accused, including the question of failure to object or waiver, as well as the conduct of the court and any responsibility which may be reasonably assigned to the unacceptable inadequacy of institutional resources; and (c) the prejudice caused to the accused by a particular delay.

With respect to prejudice, the prejudice caused by delay to an accused's right to a fair trial, and in particular to his right to full answer and defence, is a relevant consideration in determining whether there has been an infringement of the right to be tried within a reasonable time. Although it is not essential to such a determination it is a factor which, if established, is entitled to particular weight. Where the issues in a case may turn to some significant extent on testimony such prejudice may be inferred from the elapse of an unreasonable period of time. In the present case, such prejudice was sufficiently established to be a relevant factor in the determination whether there had been an infringement of the right to be tried within a reasonable time.

However, the effect of the delay in this case on the appellant's business, because of the possible relationship

lien de causalité direct entre le délai dans les procédures criminelles et la mise sous séquestre qui se poursuivait. Il a été complètement empêché d'exploiter son entreprise au cours de cette période. Il n'y a aucune raison pour laquelle les répercussions civiles des procédures criminelles ne peuvent constituer un préjudice pour l'accusé imputable au délai au sens de l'al. 11b).

Enfin, il est évident qu'en l'espèce la défense a été empêchée de demander un *mandamus* et qu'en général elle était dans une position très délicate pour ce qui était de se plaindre du déroulement du procès. Par conséquent, on ne devrait pas présumer qu'il y a eu renonciation lorsque l'avocat a consenti à un ajournement demandé par le juge, ce qui est le cas en l'espèce.

Les juges Beetz et Le Dain: La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse était en l'espèce un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* et l'appelant n'a pas renoncé au droit d'être jugé dans un délai raisonnable, que lui garantit l'al. 11b) de la *Charte*.

Les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable sont les suivants: a) la question de savoir si le délai dont on se plaint est déraisonnable à première vue, compte tenu des délais inhérents au cas particulier; b) les motifs du délai ou la responsabilité à cet égard, compte tenu de la conduite de la poursuite et de l'accusé, y compris la question de la non-opposition ou de la renonciation, ainsi que de la conduite de la cour et de toute responsabilité qui peut raisonnablement être attribuée à l'insuffisance inacceptable de ressources institutionnelles; et c) le préjudice causé à l'accusé par un délai particulier.

Pour ce qui est du préjudice, le préjudice qu'un délai cause au droit d'un accusé à un procès équitable et, en particulier, au droit qu'il a de se constituer une défense pleine et entière, est un facteur pertinent pour déterminer s'il y a eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Bien qu'il ne soit pas essentiel à cette détermination, il s'agit d'un facteur qui, s'il est établi, prend une importance particulière. Lorsque les points litigieux d'une affaire peuvent reposer dans une mesure suffisamment importante sur des témoignages, ce préjudice peut être déduit de l'écoulement d'un laps de temps déraisonnable. En l'espèce, on a établi de manière suffisante que ce préjudice constituait un facteur pertinent pour déterminer s'il y avait eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

Cependant, l'effet du délai en l'espèce sur l'entreprise de l'appelant, à cause de la relation possible entre les

between the criminal law process and the receivership, is not a factor or circumstance to be taken into account and given particular weight in weighing the prejudice caused by the delay. The assessment of the prejudice caused to the security interests of an accused should not take the particular circumstances of an accused into consideration. That would open the door to a differential application, based on personal circumstances, of the right guaranteed by s. 11(b) of the *Charter*. A general weight must be given to the prejudice caused to the security interests of an accused by a particular delay, whether it is presumed or inferred.

Finally, a stay of proceedings is the appropriate and just remedy for an infringement of the right to be tried within a reasonable time. It is not necessary, in support of this conclusion, to characterize such an infringement as going to the jurisdiction to try an accused, although such a characterization may well be justified for other purposes. It is sufficient that a remedy compelling the trial of an accused beyond a reasonable time, such as an order to expedite proceedings, cannot be regarded as appropriate and just.

Per McIntyre and La Forest JJ.: There must be at all times a court of competent jurisdiction to which resort can be had to determine whether an accused's constitutional right to be tried within a reasonable time has been infringed. While the trial court will ordinarily be the appropriate court to deal with this issue, where such a court is not yet seized with the proceedings, or where it is unable to provide an effective remedy, the superior court of the province may exercise jurisdiction. The superior court judge should ordinarily confine his jurisdiction to remedying existing delays, and not attempt to remedy past delays. In exceptional cases, however, the nature of a delay will be such as to call for an end of the proceedings. In the present case, the trial judge was entirely responsible for the alleged breach of appellant's constitutional right. His capacity to consider what remedy was appropriate and just in the circumstances was obviously impaired. Notwithstanding the fact that the delay was no longer ongoing, the superior court judge properly exercised her jurisdiction to grant a remedy under s. 24(1). The accused's failure to seek either *mandamus* or a *Charter* remedy at an earlier stage did not make it improper for the superior court judge to exercise her discretion to offer relief under that section.

The protection offered by s. 11(b) of the *Charter* is not limited to a right to be brought to trial within a

procédures criminelles et la mise sous séquestre, ne constitue pas un facteur ou un élément dont il faut tenir compte et auquel on doit accorder une importance particulière en évaluant le préjudice causé par le délai. L'évaluation du préjudice causé aux intérêts en matière de sécurité d'un accusé ne devrait pas tenir compte de la situation particulière de cet accusé. Cela ouvrirait la porte à une application variable, fondée sur la situation personnelle, du droit garanti par l'al. 11b) de la *Charte*. Il faut accorder une importance générale au préjudice causé aux intérêts en matière de sécurité d'un accusé par un délai particulier, qu'il soit présumé ou déduit.

Enfin, la suspension d'instance est la réparation convenable et juste pour une violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Il n'est pas nécessaire, pour appuyer cette conclusion, de qualifier une telle violation d'atteinte à la compétence de juger un accusé, quoiqu'une telle qualification puisse bien être justifiée à d'autres fins. Il suffit qu'une réparation enjoignant d'accélérer les procédures, qui forcerait un accusé à subir son procès au-delà d'un délai raisonnable, ne puisse pas être considérée comme convenable et juste.

Les juges McIntyre et La Forest: Il doit toujours y avoir un tribunal compétent auquel on peut s'adresser pour déterminer s'il y a eu violation du droit constitutionnel d'un accusé d'être jugé dans un délai raisonnable. Bien que le tribunal de première instance soit ordinairement le tribunal approprié pour traiter de cette question, lorsqu'un tel tribunal n'a pas encore été saisi de l'affaire ou lorsqu'il n'est pas en mesure d'accorder une réparation efficace, la cour supérieure de la province peut exercer sa compétence. Le juge d'une cour supérieure devrait habituellement limiter sa compétence à la réparation des délais existants et ne pas tenter de remédier à des délais antérieurs. Toutefois, dans des cas exceptionnels, le délai est de nature à commander l'interruption des procédures. En l'espèce, le juge de première instance était entièrement responsable de la violation alléguée du droit constitutionnel de l'accusé. Sa capacité d'évaluer la réparation juste et convenable dans les circonstances était de toute évidence diminuée. Nonobstant le fait que le délai n'existait plus, le juge de la cour supérieure a à bon droit exercé son pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation aux termes du par. 24(1). Le défaut de l'accusé de chercher à obtenir un *mandamus* ou une réparation prévue par la *Charte* à une étape antérieure n'a pas fait en sorte qu'il était déplacé pour le juge de la cour supérieure d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'offrir une réparation aux termes de ce paragraphe.

La protection qu'offre l'al. 11b) de la *Charte* ne se limite pas au droit d'être cité à son procès dans un délai

reasonable time but extends to the trial itself and ensures that a decision is rendered promptly. The question of delay is thus open to assessment at all stages of a criminal proceeding, from the laying of a charge to the rendering of judgment at trial. However, the impairment of an accused's interests relevant to consideration under s. 11(b) is the impairment that flows from the delay in the prosecution of the charge and not the impairment that may flow from the charge itself. A court, in analyzing any s. 11(b) claim, must overlook the lapse of time inherent in the case, together with any resulting inconvenience to the accused.

The right to trial within a reasonable time is an ancient right, whose novelty in the *Charter* context is primarily a function of the flexible remedy provided to enforce it. In practice, the contours of the *Charter* remedy will do much to govern the present shape of that right. That being the case, there can no more be a single notion of breach than there can be a single remedy to meet it. The question of breach must, therefore, be assessed in terms of the interests protected by the section and such remedy as the court can provide to secure them.

The principal interests of the accused relevant to trial within a reasonable time are first, the liberty interest, which may be impaired either by imprisonment or by bail conditions; second, the security interest, which as a general rule is impaired by the anxiety, stress and stigmatization arising out of delay, strongly added to in this case by the seizure of the appellant's assets; and finally, the fair trial interest, which may be impaired in this context to the extent that delay foreseeably damages the ability to present an effective defence. In assessing the reasonableness of any delay, a court may assume that the accused will have suffered an impairment to his security interest. The impairment to these interests must, in making a determination of reasonableness, be balanced against any proper reasons for delay advanced by the Crown.

A court of competent jurisdiction is free to employ the full discretion conferred on it by s. 24(1) of the *Charter* in choosing a remedy for breach of the right to trial within a reasonable time. The mandate given to the courts under that section is to provide a remedy for delay that is appropriate and just in the circumstances. That mandate is inconsistent with the notion that in a criminal context there can be only one remedy for a breach of s. 11(b). Although there will be cases where a

raisonnable, mais vise le procès lui-même et a pour effet d'assurer qu'une décision soit rendue rapidement. La question du délai peut donc être évaluée à tous les stades d'une instance criminelle, depuis le dépôt de l'accusation jusqu'au prononcé du jugement au procès. Toutefois, l'atteinte aux intérêts de l'accusé qui nous occupe aux fins de l'al. 11b) est celle qui découle du temps pris pour instruire l'accusation et non celle qui peut découler de la demande fondée sur l'al. 11b), doit faire abstraction du délai inhérent à l'affaire, ainsi que de tout inconvénient qui en découle pour l'accusé.

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est un droit ancien, dont la nouveauté dans le contexte de la *Charte* est surtout fonction du redressement souple qui est prévu pour l'appliquer. En pratique, la forme actuelle de ce droit dépendra dans une large mesure des paramètres de la réparation que prévoit la *Charte*. Ceci étant le cas, il ne peut plus y avoir une seule notion de violation pas plus qu'il ne peut y avoir une seule réparation pour y remédier. La question de la violation doit par conséquent être évaluée en fonction des intérêts protégés par la disposition et de la réparation que le tribunal peut accorder pour les protéger.

Les principaux intérêts de l'accusé qui se rapportent au droit d'être jugé dans un délai raisonnable sont d'abord, l'intérêt en matière de liberté auquel on peut porter atteinte soit par l'emprisonnement soit par les conditions d'une mise en liberté sous caution, ensuite, l'intérêt en matière de sécurité qui, en général, est diminué par l'angoisse, le stress et la stigmatisation qui découlent du délai, ce qui est rendu d'autant plus grave en l'espèce par la mise sous séquestre des biens de l'appellant; et enfin, l'intérêt en matière de procès équitable, auquel on peut porter atteinte dans ce contexte, dans la mesure où le délai réduit d'une manière prévisible la capacité de présenter une défense efficace. En évaluant le caractère raisonnable de tout délai, un tribunal peut supposer que l'accusé a subi une atteinte à son intérêt en matière de sécurité. L'atteinte à ces intérêts doit, lorsqu'on rend une décision sur le caractère raisonnable, être évaluée en fonction de tout motif adéquat avancé par la poursuite pour justifier le délai.

Un tribunal compétent est libre d'utiliser le pouvoir discrétionnaire complet que lui confère le par. 24(1) de la *Charte* pour choisir une réparation relativement à la violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Le mandat donné aux tribunaux aux termes de ce paragraphe est d'accorder, pour le délai causé, une réparation qui soit convenable et juste eu égard aux circonstances. Ce mandat est incompatible avec la notion portant qu'en matière criminelle il ne peut y avoir

trial judge may well conclude that a stay would be the appropriate remedy, the circumstances will be infinitely variable from case to case and the remedy will vary with the circumstances.

In the case at bar, the delay caused by the Provincial Court judge substantially impaired the accused's security interests and also seriously prejudiced his ability to conduct his defence. The eleven-month period of inaction on the part of the trial judge to decide the motion on the directed verdict was clearly unreasonable and in breach of s. 11(b). There was no adequate explanation for the delay. The appellant's consent to the judge's requests for continuances did not justify the delay. The appellant's consent was *pro forma* in the sense that he had no real alternative. The superior court judge took into consideration the relevant factors and properly exercised her discretion in dismissing the charges. However, while this was formally the order sought, it is obvious from the circumstances of this case that appellant was not really seeking to obtain an acquittal but to put an end to the proceedings. Under these circumstances, a stay of proceedings would be a just and appropriate remedy.

Cases Cited

By Lamer J.

Applied: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; **distinguished:** *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); **referred to:** *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970); *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966); *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968); *Klopfers v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973); *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20.

By Wilson J.

Referred to: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863.

By Le Dain J.

Referred to: *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20; *R. v. Heaslip* (1983), 9 C.C.C. (3d) 480.

By La Forest J.

Applied: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; **considered:** *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970); *Klopfers v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); **referred to:** *Strunk v.*

qu'une seule réparation pour une violation de l'al. 11b). Certes, il y aura des affaires où le juge du procès pourra fort bien conclure que la suspension d'instance constitue la réparation convenable, mais les circonstances varieront de façon infinie d'un cas à l'autre et la réparation accordée variera en conséquence.

En l'espèce, le délai causé par le juge de la Cour provinciale a diminué sensiblement les intérêts de l'accusé en matière de sécurité et a également causé un grave préjudice à sa capacité de se défendre. La période de onze mois pendant laquelle le juge du procès n'a pas statué sur la requête en obtention d'un verdict imposé était clairement déraisonnable et contraire à l'al. 11b). Le délai n'a pas été expliqué adéquatement. Le consentement de l'accusé aux demandes d'ajournement du juge ne justifie pas le délai. Le consentement de l'appellant était *pro forma* en ce sens qu'il n'avait pas vraiment le choix. Le juge de la cour supérieure a tenu compte des facteurs pertinents et a, à bon droit, exercé son pouvoir discrétionnaire en rejetant les accusations. Toutefois, même s'il s'agissait là formellement de l'ordonnance demandée, il ressort nettement des circonstances de l'espèce que ce que l'appellant cherchait à obtenir en réalité n'était pas un acquittement mais l'interruption des procédures. Dans ces circonstances, la suspension d'instance était une réparation juste et convenable.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêt appliqué: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; **distinction faite d'avec l'arrêt:** *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); **arrêts mentionnés:** *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970); *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966); *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968); *Klopfers v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973); *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20.

Citée par le juge Wilson

Arrêt mentionné: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

Citée par le juge Le Dain

Arrêts mentionnés: *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20; *R. v. Heaslip* (1983), 9 C.C.C. (3d) 480.

Citée par le juge La Forest

Arrêt appliqué: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; **arrêts examinés:** *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970); *Klopfers v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); **arrêts mention-**

United States, 412 U.S. 434 (1973); *United States v. Loud Hawk*, 106 S. Ct. 648 (1986); *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966); *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982); *Smith v. Hooy*, 393 U.S. 374 (1969); *Moore v. Arizona*, 414 U.S. 25 (1973); Eur. Court H.R., *Wemhoff* case, judgment of 27 June 1968, Series A, No. 7; *R. v. Cameron*, [1982] 6 W.W.R. 270; *R. v. Robins* (1844), 1 Cox C.C. 114; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(b), (d), 24(1), (2).
 Constitution of the United States, Sixth Amendment.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 605(1)(a), 738(1) [am. 1974-75-76, c. 43, s. 87(1)].
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222, Art. 5(3).
Habeas Corpus Act, 1679 (Engl.), 31 Cha. II, c. 2.
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 [am. 1970-71-72, c. 63, s. 1], s. 239(1)(a), (d), (4).
Liberty of the Subject Act, R.S.N.S. 1967, c. 164.

Authors Cited

Amsterdam, Anthony G. "Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies" (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525.
 Coke, Sir Edward. *The Second Part of the Institutes of the Laws of England*. London: W. Clarke & Sons, 1817.
 Garton, Graham. "Re Canadian Charter of Rights and Freedoms, S. 11(b): The Relevance of Pre-Charge Delay in Assessing the Right to Trial Within a Reasonable Time" (1984), 46 *Nfld. & P.E.I.R.* 177.
 Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 Note. "Dismissal of the Indictment as a Remedy for Denial of the Right to Speedy Trial" (1955), 64 *Yale L.J.* 1208.
 Schneider, Alan A. "The Right to a Speedy Trial" (1968), 20 *Stan. L. Rev.* 476.
 Uviller, Richard. "*Barker v. Wingo*: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle" (1972), 72 *Colum. L. Rev.* 1376.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1984), 13 C.C.C. (3d) 297, 63 N.S.R. (2d) 275, 141 A.P.R. 275, 11 C.R.R. 272, setting aside a judgment of the Trial Division (1983), 9 C.C.C. (3d) 385, 61 N.S.R. (2d) 385, 133 A.P.R. 385, allowing the accused's application for relief pursuant to s. 24 of the *Charter*. Appeal allowed.

nés: Strunk v. United States, 412 U.S. 434 (1973); *United States v. Loud Hawk*, 106 S. Ct. 648 (1986); *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966); *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982); *Smith v. Hooy*, 393 U.S. 374 (1969); *Moore v. Arizona*, 414 U.S. 25 (1973); Cour Eur. D.H., arrêt *Wemhoff*, jugement du 27 juin 1968, Série A, n° 7; *R. v. Cameron*, [1982] 6 W.W.R. 270; *R. v. Robins* (1844), 1 Cox C.C. 114; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128.

b Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11(b), (d), 24(1), (2).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 605(1)(a), 738(1) [mod. 1974-75-76, chap. 43, art. 87(1)].
 c *Convention des États-Unis, Sixième amendement. Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223, art. 5(3).
Habeas Corpus Act, 1679 (Angl.), 31 Cha. II, chap. 2.
 d *Liberty of the Subject Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 164.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148 [mod. 1970-71-72, chap. 63, art. 1], art. 239(1)(a), (d), (4).

Doctrine citée

e Amsterdam, Anthony G. «Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies» (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525.
 Coke, Sir Edward. *The Second Part of the Institutes of the Laws of England*. London: W. Clarke & Sons, 1817.
 f Garton, Graham. «Re Canadian Charter of Rights and Freedoms, S. 11(b): The Relevance of Pre-Charge Delay in Assessing the Right to Trial Within a Reasonable Time» (1984), 46 *Nfld. & P.E.I.R.* 177.
 Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 g Note. «Dismissal of the Indictment as a Remedy for Denial of the Right to Speedy Trial» (1955), 64 *Yale L.J.* 1208.
 Schneider, Alan A. «The Right to a Speedy Trial» (1968), 20 *Stan. L. Rev.* 476.
 h Uviller, Richard. «*Barker v. Wingo*: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle» (1972), 72 *Colum. L. Rev.* 1376.

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel (1984), 13 C.C.C. (3d) 297, 63 N.S.R. (2d) 275, 141 A.P.R. 275, 11 C.R.R. 272, qui a infirmé un jugement de la Division de première instance (1983), 9 C.C.C. (3d) 385, 61 N.S.R. (2d) 385, 133 A.P.R. 385, qui avait accueilli une demande de réparation de l'accusé en application de l'art. 24 de la *Charte*. Pourvoi accueilli.

Joel E. Fichaud, for the appellant.

Eric Bowie, Q.C., and *Douglas Richard*, for the respondent.

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

LAMER J.—There are two issues that are raised in this appeal, namely whether the Supreme Court of Nova Scotia was a court of competent jurisdiction for the purposes of an application pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and whether the right of the appellant to be tried within a reasonable time, guaranteed by s. 11(b) of the *Charter*, was infringed. As was decided in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, the Supreme Court of Nova Scotia is a court of competent jurisdiction to grant a remedy under s. 24(1) of the *Charter*, and, given the circumstances of this case, it quite properly chose to exercise that jurisdiction. Furthermore, given the criteria I advanced in *Mills*, I am of the view that the delay in this case was unreasonable and in violation of the appellant's rights under s. 11(b) of the *Charter*. I would therefore grant a stay of proceedings.

Facts

In May 1978, the Minister of National Revenue commenced an investigation of the appellant for alleged contraventions of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 (am. S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1). As a result of that investigation, the appellant was charged in September 1981 under s. 239(1)(a) and (d) of the Act with six counts of making false or deceptive returns for the taxation years 1972-1977 and one count of wilful evasion of taxes in the amount of \$129,665.22. On March 28, 1980, the appellant was reassessed under the Act for the years 1972-1977. Notices of objection to the reassessment were filed by Mr. Rahey on June 20, 1980. The appeal was stayed by the Minister of National Revenue under s. 239(4) of the Act until the completion of the criminal proceedings. On January 9, 1981, on an application by the Minister of National Revenue to the Supreme Court of Nova Scotia, an order was granted placing all the property and assets of Mr. Rahey and his associat-

Joel E. Fichaud, pour l'appellant.

Eric Bowie, c.r., et *Douglas Richard*, pour l'intimée.

^a Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Lamer rendus par

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi soulève deux questions: celle de savoir si la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse est un tribunal compétent aux fins d'une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et celle de savoir s'il y a eu atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable que garantit à l'appellant l'al. 11b) de la *Charte*. Suivant l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse est un tribunal compétent pour accorder une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* et, compte tenu des circonstances de l'espèce, c'est tout à fait à bon droit qu'elle a décidé d'exercer cette compétence. De plus, étant donné les critères que j'ai énoncés dans l'arrêt *Mills*, je suis d'avis que le délai dans la présente affaire est déraisonnable et contraire aux droits conférés à l'appellant par l'al. 11b) de la *Charte*. Je suis donc d'avis d'accorder la suspension des procédures.

Les faits

En mai 1978, le ministre du Revenu national a ouvert une enquête sur l'appellant relativement aux infractions qu'il aurait commises à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148 (mod. S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1). Par suite de cette enquête, on a porté contre l'appellant, au mois de septembre 1981, en vertu des al. 239(1)a) et d) de la Loi, six chefs d'accusation d'avoir fait des déclarations fausses ou trompeuses relativement aux années d'imposition 1972 à 1977 et un chef d'accusation d'avoir volontairement éludé le paiement d'impôts s'élevant à 129 665,22 \$. Le 28 mars 1980, on a procédé, en vertu de la Loi, à une nouvelle cotisation de l'appellant pour les années 1972 à 1977. Monsieur Rahey a déposé des avis d'opposition à la nouvelle cotisation le 20 juin 1980. L'appel a été suspendu par le ministre du Revenu national, conformément au par. 239(4) de la Loi, en attendant que les procédures criminelles soient terminées. Le 9 janvier 1981, à la demande

ed companies in the hands of a receiver, where it is my understanding they still remain.

The information was sworn against Mr. Rahey on August 10, 1981. In October of that year he pleaded not guilty to all counts. The trial began before Judge McIntyre, a Provincial Magistrate, in March 1982. There were five adjournments during the proceedings and the Crown finally closed its case in November 1982. There was then an adjournment until December 13, 1982, at which point the defence moved for a directed verdict. The proceedings were adjourned until January 21, 1983 for Judge McIntyre's decision. The following adjournments, which were initiated by Judge McIntyre for his decision on the defence's motion for a directed verdict, resulted in the delay which is the subject of the application by Mr. Rahey, as he argued that it constituted an unreasonable delay in his trial proceedings.

January 21, 1983	—adjourned to February 4;
February 4, 1983	—adjourned to February 18;
February 18, 1983	—adjourned to March 4;
March 4, 1983	—adjourned to March 18;
March 18, 1983	—adjourned to April 8;
April 8, 1983	—adjourned to April 22;
April 22, 1983	—adjourned to May 13;
May 13, 1983	—adjourned to May 27;
May 27, 1983	—adjourned to June 6;
June 6, 1983	—adjourned to June 17;
June 17, 1983	—adjourned to July 8;
July 8, 1983	—adjourned to July 22;
July 22, 1983	—adjourned to August 5;
August 5, 1983	—adjourned to August 19;
September 2, 1983	—adjourned to September 16.

On September 15, 1983, Crown counsel appeared before Judge McIntyre concerning the delay. Matters were then adjourned until September 30, and thereafter postponed four more times:

du ministre du Revenu national, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a accordé une ordonnance qui plaçait tous les biens et l'ensemble de l'actif de M. Rahey et de ses sociétés affiliées entre les mains d'un séquestre qui, si je comprends bien, en est toujours le dépositaire.

La dénonciation a été déposée contre M. Rahey le 10 août 1981. En octobre 1981, il a plaidé non coupable relativement à chacun des chefs d'accusation. Le procès a commencé devant le juge McIntyre, un magistrat provincial, en mars 1982. Il y a eu cinq ajournements au cours des procédures et la poursuite a terminé la présentation de sa preuve en novembre 1982. Il y a eu alors un ajournement au 13 décembre 1982, date à laquelle la défense a demandé un verdict imposé. Les procédures ont été ajournées au 21 janvier 1983 afin de permettre au juge McIntyre de rendre une décision. Ce sont les ajournements énumérés ci-après, que le juge McIntyre a demandés pour trancher la requête en obtention d'un verdict imposé présentée par la défense, qui ont engendré le délai visé par la demande de M. Rahey, étant donné qu'il a fait valoir que cela représentait un délai déraisonnable dans le déroulement de son procès.

21 janvier 1983	—ajournement au 4 février;
4 février 1983	—ajournement au 18 février;
18 février 1983	—ajournement au 4 mars;
4 mars 1983	—ajournement au 18 mars;
18 mars 1983	—ajournement au 8 avril;
8 avril 1983	—ajournement au 22 avril;
22 avril 1983	—ajournement au 13 mai;
13 mai 1983	—ajournement au 27 mai;
27 mai 1983	—ajournement au 6 juin;
6 juin 1983	—ajournement au 17 juin;
17 juin 1983	—ajournement au 8 juillet;
8 juillet 1983	—ajournement au 22 juillet;
22 juillet 1983	—ajournement au 5 août;
5 août 1983	—ajournement au 19 août;
2 septembre 1983	—ajournement au 16 septembre.

Le 15 septembre 1983, l'avocat de la poursuite a comparu devant le juge McIntyre au sujet du délai. L'affaire a été ajournée au 30 septembre, pour faire ensuite l'objet de quatre autres ajournements:

September 30, 1983	—adjourned to October 14;	30 septembre 1983	—ajournement au 14 octobre;
October 14, 1983	—adjourned to October 28;	14 octobre 1983	—ajournement au 28 octobre;
October 28, 1983	—adjourned to November 18;	28 octobre 1983	—ajournement au 18 novembre;
November 18, 1983	—decision on motion, adjourned to December 9.	^a 18 novembre 1983	—décision sur la requête, ajournement au 9 décembre.

The appellant attended before the court on each of the dates listed above. In the autumn of 1983, defence counsel wrote Crown counsel requesting that he contact the judge and demand a decision. On September 15, 1983, Crown counsel appeared in court at which time Judge McIntyre stated that a written decision would be rendered by September 30. On September 29, the prearranged date for the 30th was cancelled and defence counsel again wrote Crown counsel alleging a violation of the appellant's constitutional rights and requesting that the Crown withdraw the charges against Mr. Rahey. On October 19, the request was repeated.

The Crown refused the request and on November 1, 1983, filed an Originating Notice for an order in the nature of mandamus to require Judge McIntyre to render his decision on the motion for a directed verdict. On November 14, 1983, Mr. Rahey made an application pursuant to s. 24(1) of the *Charter* for an order dismissing the charges against him. This application was based on an alleged violation of s. 11(b) of the *Charter* and was presented to the Supreme Court of Nova Scotia.

On November 15, 1983, and filed November 18, 1983, Judge McIntyre finally rendered a decision dismissing the motion for a directed verdict. After a brief review of the case, he concluded as follows:

The court does find that adequate evidence has been adduced to require the accused to meet the charges preferred.

L'appelant a comparu devant le tribunal à chacune des dates susmentionnées. À l'automne de 1983, l'avocat de la défense a adressé à l'avocat de la poursuite une lettre le priant de communiquer avec le juge afin de lui demander de rendre une décision. Le 15 septembre 1983, l'avocat de la poursuite a comparu devant le tribunal et le juge McIntyre a alors déclaré qu'une décision écrite serait rendue au plus tard le 30 septembre. Le 29 septembre, le prononcé de la décision, prévu pour le 30, a été annulé et l'avocat de la défense a de nouveau adressé à l'avocat de la poursuite une lettre dans laquelle il alléguait qu'il y avait violation des droits constitutionnels de l'appelant et demandait que la poursuite retire les accusations portées contre M. Rahey. Le 19 octobre, la demande a été réitérée.

La poursuite a refusé d'accéder à cette demande et, le 1^{er} novembre 1983, elle a déposé un avis introductif de requête visant à obtenir une ordonnance de la nature d'un *mandamus* qui obligerait le juge McIntyre à rendre sa décision sur la requête en obtention d'un verdict imposé. Le 14 novembre 1983, M. Rahey a présenté une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, en vue d'obtenir le rejet des accusations portées contre lui. Cette demande fondée sur une allévation de violation de l'al. 11b) de la *Charte* a été présentée à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse.

Le 15 novembre 1983, le juge McIntyre a finalement rendu une décision. Dans cette décision, déposée le 18 novembre 1983, la requête en obtention d'un verdict imposé était rejetée. Après un bref examen de la preuve, le juge McIntyre a conclu:

[TRADUCTION] La cour estime qu'on a présenté une preuve suffisante pour que l'accusé soit tenu de répondre aux accusations portées contre lui.

The appellant's only complaint is with the delay between December 1982 and November 1983 caused by Judge McIntyre's continuing failure to come to a decision.

Legislation

Although the appeal has its roots in the provisions of the *Income Tax Act*, the only relevant legislation for the purposes of the disposition of this case is ss. 11(b) and 24(1) of the *Charter*:

11. Any person charged with an offence has the right

(b) to be tried within a reasonable time;

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 Judgments

Nova Scotia Supreme Court

Glube C.J.T.D. granted the application for an order dismissing the charges against Mr. Rahey: (1983), 9 C.C.C. (3d) 385, 61 N.S.R. (2d) 385, 133 A.P.R. 385.

She dealt first with the question of whether the Nova Scotia Supreme Court was a court of competent jurisdiction for the purposes of an application under s. 24(1) of the *Charter*. She recognized that generally the trial court, in this case the Provincial Court, would have jurisdiction for a s. 24(1) application. However, given the special circumstances of the situation, she concluded that it would have been inappropriate for Mr. Rahey to have brought his application before the Provincial Court judge:

... I find this is not an appropriate application to be heard by the provincial court, which obviously had jurisdiction. I agree that, generally, it is preferable for such applications to be made to the court hearing the matter but on the facts and circumstances of this case I find that this is a case of unusual or special circumstances, because of the delay in rendering the decision on the directed verdict, and it is appropriately before the

L'appelant se plaint uniquement du temps que le juge McIntyre a pris, entre décembre 1982 et novembre 1983, pour arriver à une décision.

^a Les textes législatifs

Bien que le pourvoi tire son origine des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les seules dispositions législatives pertinentes, aux fins de notre décision en l'espèce, sont l'al. 11b) et le par. 24(1) de la *Charte*:

11. Tout inculpé a le droit:

^c b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

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.

Les jugements

Cour suprême de la Nouvelle-Écosse

^e Le juge en chef Glube de la Division de première instance a fait droit à la demande de rejet des accusations portées contre M. Rahey: (1983), 9 C.C.C. (3d) 385, 61 N.S.R. (2d) 385, 133 A.P.R. 385.

Elle a d'abord examiné la question de savoir si la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse était un tribunal compétent aux fins d'une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Elle a reconnu que, ^g d'une manière générale, la juridiction de jugement, en l'occurrence la Cour provinciale, aurait compétence pour entendre une demande fondée sur ce paragraphe. Toutefois, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, elle a conclu qu'il ^h aurait été inadéquat que M. Rahey soumette sa demande au juge de la Cour provinciale:

[TRADUCTION] ... j'estime qu'il ne convient pas que la demande soit entendue par la Cour provinciale, quoique ⁱ celle-ci ait manifestement compétence. Je suis d'accord pour dire que, en règle générale, il est préférable que de telles demandes soient adressées au tribunal saisi de l'affaire, mais, étant donné les faits et les circonstances de la présente affaire, je conclus qu'il s'agit d'un cas ^j inhabituel ou spécial en raison du temps pris pour prononcer la décision sur le verdict imposé, et c'est donc à juste titre que la demande a été présentée à la Cour

Supreme Court of Nova Scotia. I find the court has jurisdiction.

Glube C.J.T.D. assessed the question of unreasonable delay in light of the four factors set out by Powell J. of the Supreme Court of the United States in *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), namely the length of the delay, the reason for the delay, the assertion by the accused of his right and the prejudice to the accused.

Glube C.J.T.D. held that, given the nature of the decision the trial judge had been asked to make, his delay was "shocking, inordinate and unconscionable". In general, a decision on a motion for a directed verdict is a brief one and there was no justification in Judge McIntyre's decision for an eleven-month delay in reaching his conclusion. She also found that the accused had adequately asserted his right. Finally, she held that the judge's delay had seriously prejudiced the accused in both his ability to offer a defence and his ability to carry on business while under a continuing receivership. In her view, this was not an appropriate case in which to grant an order expediting the trial, "considering the long delay by the trial judge is the reason for finding a violation of s. 11(b) of the Charter." Glube C.J.T.D. thus considered that the only remedy that was appropriate and just in the circumstances was the dismissal of the seven counts against the accused.

Nova Scotia Court of Appeal

MacKeigan C.J.N.S., with whom Jones, Morrison, Macdonald and Pace J.J.A. concurred, allowed the Crown's appeal, set aside the dismissal and directed that the trial proceed: (1984), 13 C.C.C. (3d) 297, 63 N.S.R. (2d) 275, 141 A.P.R. 275, 11 C.R.R. 272.

Dealing first with the issue of the jurisdiction of the Supreme Court of Nova Scotia to hear an application for a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, MacKeigan C.J.N.S. had no hesitation in finding that the Supreme Court was a court

suprême de la Nouvelle-Écosse. J'estime que celle-ci a compétence.

Le juge en chef Glube a examiné la question du délai déraisonnable en fonction des quatre facteurs énoncés par le juge Powell de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), savoir la durée du délai, la raison du délai, la revendication par l'accusé de son droit et le préjudice qui lui est causé.

Le juge en chef Glube a conclu que, compte tenu de la nature de la décision qu'on avait demandé au juge du procès de rendre, le délai était [TRADUCTION] «honteux, démesuré et déraisonnable». En général, une décision sur une requête en obtention d'un verdict imposé est rendue rapidement et il n'y a rien dans les motifs de jugement du juge McIntyre qui justifie un délai de onze mois. Le juge en chef Glube a estimé en outre que l'accusé avait suffisamment fait valoir son droit. Finalement, elle a conclu que le délai causé par le juge avait nui gravement à l'accusé, tant du point de vue de sa capacité de présenter une défense que de celui de sa capacité d'exploiter son commerce pendant la durée du séquestre. De l'avis du juge en chef Glube, il ne s'agissait pas d'un cas où il convenait d'ordonner l'accélération du procès [TRADUCTION] «vu que le long délai du juge du procès est la raison pour laquelle on a conclu qu'il y avait violation de l'al. 11b) de la Charte.» Le juge en chef Glube a donc estimé que la seule réparation convenable et juste eu égard aux circonstances était le rejet des sept chefs d'accusation portés contre l'accusé.

Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse

Le juge en chef MacKeigan de la Nouvelle-Écosse, à l'avis duquel ont souscrit les juges Jones, Morrison, Macdonald et Pace, a accueilli l'appel interjeté par le ministère public, a annulé le rejet et a ordonné que le procès suive son cours: (1984), 13 C.C.C. (3d) 297, 63 N.S.R. (2d) 275, 141 A.P.R. 275, 11 C.R.R. 272.

Se penchant d'abord sur la question de la compétence de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour entendre une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, le juge en chef MacKeigan a conclu sans hésitation que la Cour

of competent jurisdiction for this purpose. He assumed without deciding that s. 11(b) may apply to a judicial delay and that the right to be tried within a reasonable time "extends to the whole process of being tried and thus to the judge's time". Then, in applying the *Barker v. Wingo*, *supra*, criteria for assessing the reasonableness of a delay, he concluded that despite the "disgraceful slowness" of the trial judge in making up his mind and giving his decision, the evidence of prejudice was insubstantial:

The record and the representations made by the respondent at trial and on appeal do not reveal what witnesses might now be called or what kind of evidence they might have given which might now be affected by weakening of memory. I can find no evidence of any real or concrete prejudice having been suffered or likely to be suffered by Mr. Rahey as a result of the trial judge's delay. Neither the judge's delay nor any other delay in this case has been shown to have affected the defendant's ability to give a full and complete defence.

In my opinion, the alleged prejudice is insubstantial and entirely speculative and cannot be presumed.

Accordingly, MacKeigan C.J.N.S. allowed the appeal and directed that the trial proceed.

Jurisdiction on a s. 24(1) Application

As was decided in *Mills v. The Queen*, *supra*, a court of competent jurisdiction for the purposes of s. 24(1) in an extant case is, as a general rule, the trial court. It is the judge sitting at trial who would have jurisdiction over the person and the subject matter and would have jurisdiction to grant the necessary remedy. In *Mills*, it was also decided that the superior courts should have "constant, complete and concurrent jurisdiction" for s. 24(1) applications. But it was therein emphasized that the superior courts should decline to exercise this discretionary jurisdiction unless, in the opinion of the superior court and given the nature of the violation or any other circumstance, it is more suited than the trial court to assess and grant the remedy that is just and appropriate. The clearest,

suprême était un tribunal compétent à cette fin. Il a présumé, sans le décider, que l'al. 11b) peut s'appliquer à des délais judiciaires et que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable [TRADUCTION] «vaut pour l'ensemble des procédures judiciaires et, en conséquence, pour le temps pris par le juge». Puis, appliquant les critères énoncés dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, précité, pour déterminer le caractère raisonnable d'un délai, il a conclu que, malgré la [TRADUCTION] «lenteur scandaleuse» du juge du procès pour en arriver à une conclusion et pour rendre sa décision, la preuve de l'existence d'un préjudice n'était pas substantielle:

[TRADUCTION] Ni le dossier ni les observations faites par l'intimé au procès et en appel ne révèlent quels témoins pourraient maintenant être cités ou quelle sorte de témoignages ils auraient pu donner qui risqueraient maintenant d'être compromis par des trous de mémoire. Je ne puis voir aucune preuve que M. Rahey a subi ou subira vraisemblablement un préjudice réel ou concret par suite du délai causé par le juge du procès. On n'a pas démontré que le délai causé par le juge ou tout autre délai en l'espèce a nui à la capacité du défendeur de présenter une défense pleine et entière.

À mon avis, le préjudice qui aurait été subi n'est pas substantiel; il revêt un caractère purement spéculatif et on ne saurait en présumer l'existence.

Par conséquent, le juge en chef MacKeigan a accueilli l'appel et a ordonné que le procès suive son cours.

La compétence pour entendre une demande fondée sur le par. 24(1)

Comme on l'a décidé dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, précité, aux fins du par. 24(1), le tribunal compétent dans une affaire pendante est, en règle générale, la juridiction de jugement. C'est le juge qui préside le procès qui a compétence *ratione personae* et *ratione materiae* et c'est lui qui aurait compétence pour accorder la réparation nécessaire. Dans l'arrêt *Mills*, on a aussi décidé que la cour supérieure devrait avoir une «compétence concurrente, permanente et complète» à l'égard des demandes fondées sur le par. 24(1). Mais on a souligné dans cet arrêt que la cour supérieure devrait refuser d'exercer cette compétence discrétionnaire, à moins que, compte tenu de la nature de la violation ou de toute autre circonstance, elle ne s'estime plus apte que la juridiction de juge-

though not necessarily the only, instances where there is a need for the exercise of such jurisdiction are those where there is as yet no trial court within reach and the timeliness of the remedy or the need to prevent a continuing violation of rights is shown, and those where it is the process below itself which is alleged to be in violation of the *Charter's* guarantees. The burden should be upon the claimant, in this case Mr. Rahey, to establish that the application is an appropriate one for the superior court's consideration.

The present appeal provides a perfect example of a situation where, although the trial court is a court of competent jurisdiction for the purpose of a s. 24(1) application, it would obviously be preferable that the matter be dealt with by the superior court. The delay in trying the appellant which is being challenged as unreasonable is the result of the trial judge's inaction for eleven months while deliberating on a motion for a directed verdict. It is the presiding judge who is alleged to be the cause of a violation of the appellant's rights under s. 11(b).

Thus, Glube C.J.T.D. had jurisdiction to hear the s. 24(1) application that was presented before her, and she was obviously right in choosing to exercise her jurisdiction instead of leaving matters to the trial judge. In passing, might I say that her decision to exercise her jurisdiction is not a matter that should be reviewed on appeal unless that decision was arrived at in a manner and for reasons which traditionally have attracted interference on the part of appeal courts.

Unreasonable Delay

Under scrutiny is a period of eleven months during which the trial judge was deliberating on a motion for a directed verdict. During that time period, he initiated nineteen adjournments and, each time the court was in session, the appellant attended before the court. Glube C.J.T.D. was of the view that this delay was "shocking, inordinate

ment pour déterminer et accorder la réparation juste et convenable. Les exemples les plus clairs, mais non nécessairement les seuls, de cas où il faut exercer cette compétence se présentent lorsque l'affaire n'est pas encore parvenue devant la juridiction de jugement et qu'on a démontré l'opportunité de la réparation ou la nécessité d'empêcher que se poursuive une violation de droits, ou encore lorsqu'on allègue que ce sont les procédures elles-mêmes devant le tribunal d'instance inférieure qui portent atteinte aux garanties de la *Charte*. C'est au réclamant, en l'occurrence M. Rahey, qu'il incombe d'établir qu'il y a lieu de soumettre sa demande à l'examen de la cour supérieure.

Le présent pourvoi est un exemple parfait d'un cas où, bien que la juridiction de jugement soit compétente pour entendre une demande fondée sur le par. 24(1), il serait manifestement préférable que la cour supérieure en soit saisie. Le temps pris pour juger l'appelant, que l'on conteste comme étant déraisonnable, résulte de l'inaction du juge du procès pendant onze mois alors qu'il délibérait sur une requête en obtention d'un verdict imposé. On allègue que c'est ce juge qui est à l'origine d'une violation des droits conférés à l'appelant par l'al. 11b).

Par conséquent, le juge en chef Glube avait compétence pour entendre la demande fondée sur le par. 24(1) qu'on lui avait présentée, et elle a eu manifestement raison de choisir d'exercer sa compétence plutôt que de laisser l'affaire entre les mains du juge du procès. Qu'il me soit permis de souligner en passant que sa décision d'exercer sa compétence ne doit pas faire l'objet d'un examen en appel, à moins qu'elle ne soit arrivée à cette décision d'une manière et pour des raisons qui ont traditionnellement suscité l'intervention des tribunaux d'appel.

Le délai déraisonnable

Notre étude porte sur une période de onze mois au cours desquels le juge du procès a délibéré sur une requête en obtention d'un verdict imposé. Au cours de cette période, il a demandé dix-neuf ajournements et l'appelant a comparu à chaque séance du tribunal. De l'avis du juge en chef Glube, ce délai était «honteux, démesuré et dérai-

and unconscionable” and prejudiced the accused. The Court of Appeal called the trial judge “disgracefully slow”. Regardless of how it is phrased, the courts below have agreed that this delay was unreasonable. The Court of Appeal differed in result because it found that there was no evidence that the unreasonable delay caused prejudice to the accused.

In my reasons for judgment in *Mills*, I elaborated upon what I think should be the test for determining whether or not there has been an unreasonable delay under s. 11(b). I indicated that, in my opinion, the fundamental purpose of s. 11(b) is to secure, within a specific framework, the more extensive right to liberty and security of the person of which no one may be deprived except in accordance with the principles of fundamental justice. In my view, s. 11(b) is aimed at protecting, in a specific manner and setting, the rights set forth in s. 7 though, of course, the scope of s. 7 extends beyond those manifestations of the right to liberty and to security of the person which are found in s. 11(b).

Limitations on the liberty of the accused such as pretrial detention are easily and objectively ascertainable. However, the liberty interest of the accused may also be impaired by restrictions on the free movement of the individual imposed while he is released on bail.

As regards the security of the person, I am of the view that, in the context of s. 11(b), the concept of security of the person should not be restricted to physical integrity. Rather, it should encompass protection against “overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation” (Anthony G. Amsterdam, “Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies” (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525, at p. 533). These vexations and vicissitudes 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, and uncertainty as to the outcome and sanction.

sonnable», et préjudiciable à l'accusé. La Cour d'appel a qualifié le juge du procès de [TRADUCTION] «scandaleusement lent». Quelle que soit la formulation, les tribunaux d'instance inférieure se sont accordés pour dire que ce délai est déraisonnable. La Cour d'appel a cependant tranché l'affaire d'une manière différente parce qu'elle a conclu à l'absence d'éléments de preuve établissant que ce délai déraisonnable a causé un préjudice à l'accusé.

Dans les motifs de jugement que j'ai rédigés dans l'affaire *Mills*, j'ai expliqué en détail ce que, à mon sens, doit être le critère à appliquer pour déterminer s'il y a eu un délai déraisonnable au sens de l'al. 11b). J'ai indiqué que, selon moi, l'objet fondamental de l'al. 11b) est d'assurer, dans un contexte précis, le droit plus étendu à la liberté et à la sécurité de la personne dont nul ne peut être privé si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. À mon avis, l'al. 11b) est conçu pour protéger, d'une manière et dans un cadre précis, les droits énoncés à l'art. 7, quoique la portée de cet article soit plus large que ces manifestations des droits à la liberté et à la sécurité de la personne que l'on trouve à l'al. 11b).

Les limitations apportées à la liberté de l'inculpé, telle la détention avant procès, sont facilement et objectivement évaluables. Toutefois, on peut aussi porter atteinte à l'intérêt qu'a l'inculpé à jouir de la liberté en restreignant sa liberté de mouvement lorsqu'il est libéré sous caution.

Quant à la sécurité de la personne, j'estime que, dans le contexte de l'al. 11b), la notion de sécurité de la personne ne doit pas se limiter à l'intégrité physique. Elle doit plutôt englober celle de protection contre [TRADUCTION] «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante» (Anthony G. Amsterdam, «Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies» (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525, à la p. 533). Ces vexations et vicissitudes comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'anxiété résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.

In my view, such forms of prejudice leading to impairment of the security of the person may, in and of themselves, constitute a violation of s. 11(b) if allowed to fester over-long.

To those aspects of the liberty and security interests, the American courts have added a third, the right to a full and fair defence in a criminal trial, long recognized in Anglo-American case-law. In the case of *Barker v. Wingo, supra*, at p. 532, Powell J., on behalf of the United States Supreme Court, identified the three interests which the speedy trial right was designed to protect:

(i) to prevent oppressive pretrial incarceration; (ii) to minimize anxiety and concern of the accused; and (iii) to limit the possibility that the defense will be impaired. Of these, the most serious is the last, because the inability of a defendant adequately to prepare his case skews the fairness of the entire system.

The defendant will be prejudiced, it is suggested, by delays which lead to the loss of defence evidence, the death or disappearance of key defence witnesses or other forms of impairment of the defence: *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970), at p. 42; *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), at p. 120.

Many Canadian courts, including the courts below in the present case, have suggested that this third factor, prejudice to the accused, be considered with the others in determining whether there has been a violation of s. 11(b). I am of the view, however, that such prejudice, which impairs the ability of the accused to mount a full and fair defence, goes to the fairness of the trial and is more properly related to the right to a fair trial than to the right to be tried within a reasonable time. Under our *Charter*, the two rights are conceptually distinct and are protected by different sections. Section 11(b) is designed to ensure that the trial occurs with minimal delay whereas ss. 7 and 11(d), among others, ensure that the trial itself is fair. The following comments, although on a separate issue, nonetheless well illustrate the distinction:

À mon avis, les formes de préjudice susceptibles de porter atteinte à la sécurité de la personne pourraient, en elles-mêmes et d'elles-mêmes, constituer une violation de l'al. 11b), si on devait laisser la situation dégénérer.

À ces aspects des intérêts à jouir de la liberté et de la sécurité, les tribunaux américains en ont ajouté un troisième, le droit à une défense pleine, entière et équitable au cours du procès criminel, droit reconnu depuis longtemps par la jurisprudence anglo-américaine. Dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, précité, à la p. 532, le juge Powell, au nom de la Cour suprême des États-Unis, a reconnu l'existence des trois intérêts que le droit d'être jugé rapidement était destiné à protéger:

[TRADUCTION] (i) empêcher une incarcération oppressive avant le procès; (ii) atténuer l'angoisse et les inquiétudes du prévenu; (iii) limiter la possibilité d'atteinte à la défense. De ceux-ci, le plus sérieux est le dernier, car l'incapacité pour un défendeur de préparer adéquatement sa cause fausse l'équité de tout le système.

Le défendeur subira un préjudice, fait-on valoir, en raison des délais qui aboutissent à la disparition d'éléments de preuve de la défense, au décès ou à la disparition de témoins à décharge importants ou qui entraînent d'autres formes d'atteintes à la défense: *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970), à la p. 42; *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), à la p. 120.

De nombreux tribunaux canadiens, y compris les tribunaux d'instance inférieure dans la présente affaire, ont proposé que ce troisième facteur, savoir le préjudice causé à l'accusé, soit pris en considération avec les autres pour déterminer s'il y a eu violation de l'al. 11b). Cependant, je suis d'avis qu'un tel préjudice, qui porte atteinte à la capacité du prévenu de se constituer une défense pleine, entière et équitable, touche à l'équité du procès et se rapporte au droit à un procès équitable plutôt qu'au droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Aux termes de notre *Charte*, les deux droits sont conceptuellement distincts et protégés par des alinéas différents. L'alinéa 11b) a été conçu de manière à assurer un procès dans un délai minimum alors que l'art. 7 et l'al. 11d), notamment, garantissent l'équité du procès lui-même. Les commentaires suivants, s'ils portent sur un point distinct, illustrent néanmoins cette distinction:

... s. 11(b) ensures only that a rapid judicial determination of formal charges will be achieved, whereas ss. 7 and 11(d) provide the overriding guarantee that the integrity of the entire process will always be a matter of prime concern for the court.

(“Re Canadian Charter of Rights and Freedoms, S. 11(b): The Relevance of Pre-Charge Delay in Assessing the Right to Trial Within a Reasonable Time,” *per* Graham Garton of the Federal Department of Justice (1984), 46 Nfld. & P.E.I.R. 177, at p. 180.)

The distinction between the two rights is fundamental. The “fair hearing” and “fundamental justice” provisions of ss. 11(d) and 7 require that a wider and, to some extent, a different range of factors be considered in the analysis of the delay: the conduct of the Crown may be properly considered, timely assertion by the accused of his right and disclosure of the nature of the impairment thereto may be required, remedial relief will be more varied, and the length of time elapsed will generally be a less critical factor than under s. 11(b) and is to be considered in a different light, given the difference of purpose for so doing. Indeed, a trial might well be considered unfair because matters were brought to trial too fast.

The American approach identifies the interest in a fair and full defence as part of the rationale for the speedy trial right. This approach appears to be predicated upon the particular wording and structural features of the American Constitution, which differ considerably from the *Charter*. White J. wrote in *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968), at pp. 148-49:

The test for determining whether a right extended by the Fifth and Sixth Amendments with respect to federal criminal proceedings is also protected against state action by the Fourteenth Amendment has been phrased in a variety of ways in the opinions of this Court. The question has been asked whether a right is among those ‘fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions,’ *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 67 (1932), quoting from *Hebert v. Louisiana*, 272 U.S. 312, 316 (1926); whether it is ‘basic in our system of jurisprudence,’ *In*

[TRADUCTION] ... l’alinéa 11b) assure seulement qu’une décision judiciaire rapide sera prononcée en cas d’inculpation formelle, alors que l’art. 7 et l’al. 11d) fournissent une garantie fondamentale assurant que l’intégrité de tout le système sera toujours d’un intérêt primordial pour le tribunal.

(“Re Canadian Charter of Rights and Freedoms, S. 11(b): The Relevance of Pre-Charge Delay in Assessing the Right to Trial Within a Reasonable Time,” *per* Graham Garton of the Federal Department of Justice (1984), 46 Nfld. & P.E.I.R. 177, at p. 180.)

La distinction entre les deux droits est fondamentale. Les mentions de «procès équitable» et de «justice fondamentale» à l’al. 11d) et à l’art. 7 obligent à examiner des facteurs dont la portée est plus large et, dans une certaine mesure, différente dans l’analyse du délai: le comportement de la poursuite peut à bon droit être examiné, on pourra demander que le prévenu revendique son droit au moment opportun et divulgue la nature de son préjudice, la nature de la réparation sera plus variée et le laps de temps écoulé constituera généralement un facteur moins critique que sous l’al. 11b) et devra être considéré sous un angle différent vu la différence de l’objet poursuivi. D’ailleurs, on pourra considérer un procès inéquitable parce qu’il a été tenu trop rapidement.

La démarche américaine perçoit l’intérêt à se constituer une défense pleine, entière et équitable comme l’une des raisons d’être du droit d’être jugé avec célérité. Cette démarche semble être fonction du texte et de l’économie de la Constitution américaine, laquelle diffère considérablement de la *Charte*. Le juge White a écrit dans l’affaire *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968), aux pp. 148 et 149:

[TRADUCTION] Le critère auquel on a recours pour déterminer si un droit qu’accordent le Cinquième et le Sixième amendements concernant des poursuites criminelles fédérales est aussi protégé contre une action étatique par le Quatorzième amendement, a été énoncé de diverses façons par la jurisprudence de la Cour. On s’est demandé si ce droit fait partie des «principes fondamentaux de liberté et de justice qui forment la base de toutes nos institutions civiles et politiques» *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 67 (1932), citant *Hebert v. Louisiana*, 272 U.S. 312, 316 (1926); s’il constitue l’un des «fondements

Re Oliver, 333 U.S. 257, 273 (1948); and whether it is 'a fundamental right, essential to a fair trial,' *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 343-344 (1963); *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 6 (1964); *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 403 (1965). [Emphasis added.]

In *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967), the Supreme Court held that the Sixth Amendment right to a speedy trial extended to the states by reason of the Fourteenth Amendment due process clause. In so doing, however, the Court further blurred concepts which, under the Canadian *Charter*, are quite distinct. The result in the United States is a combination of the liberty, security and defence interests under the mantle of the speedy trial guarantee. It is this very combination which has led to many of the difficulties faced by the American courts in elaborating the right and which is at the root of a number of the criticisms which have been directed against the landmark decision of *Barker v. Wingo*, *supra*. (See for example, Richard Uviller, "Barker v. Wingo: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle" (1972), 72 *Colum. L. Rev.* 1376; A. Amsterdam, *loc. cit.*)

As a result of this analysis, although I am in substantial agreement that the test to be adopted is a balancing test, I differ with the American Court on the elements which are to be considered and the factors which are to be weighed in that test. The reason why and the extent to which I disagree derive from the distinction between the Canadian *Charter's* separate and more thorough treatment of "the fair trial right" and the American situation.

In my view, our test of reasonableness involves a balancing of the inherent impairment of the accused's interest as of the moment he is charged from the very fact of being prosecuted, such impairment becoming increasingly pronounced with the passage of time, against three other factors: (1) waiver of time periods; (2) time requirements inherent in the nature of the case, and (3) limitations to institutional resources.

de notre philosophie du droit»: *In Re Oliver*, 333 U.S. 257, 273 (1948); et s'il s'agit «d'un droit fondamental, essentiel à un procès impartial»: *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 343-344 (1963); *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 6 (1964); *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 403 (1965). [C'est moi qui souligne.]

Dans l'arrêt *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967), la Cour suprême a jugé que le droit garanti par le Sixième amendement d'être jugé avec célérité s'appliquait aux États en raison de la clause d'application régulière de la loi stipulée au Quatorzième amendement. Ce faisant, toutefois, la Cour a brouillé encore plus des concepts qui, dans la *Charte* canadienne, sont fort distincts. Il en résulte aux États-Unis que les intérêts du justiciable à la liberté, à la sécurité et à une défense sont des ramifications de la garantie d'être jugé avec célérité. C'est cette combinaison même qui a suscité les nombreuses difficultés auxquelles les tribunaux américains ont dû faire face en disant le droit, et qui est à l'origine de plusieurs des critiques visant l'arrêt de principe *Barker v. Wingo*, précité. (Voir, par exemple, Richard Uviller, «Barker v. Wingo: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle» (1972), 72 *Colum. L. Rev.* 1376; A. Amsterdam, *loc. cit.*)

Par suite de cette analyse, quoique je convienne, pour l'essentiel, que le critère à adopter est un critère d'équilibration, je ne partage pas l'opinion du tribunal américain quant aux éléments qu'il faut évaluer et aux facteurs qu'il faut équilibrer en appliquant ce critère. Le motif de mon désaccord et sa portée découlent de la distinction entre la façon compartimentée et plus approfondie dont la *Charte* canadienne traite le «droit à un procès équitable», et la situation américaine.

À mon avis, notre critère du caractère raisonnable implique une équilibration de l'atteinte aux droits de l'accusé à partir du moment de son inculpation, atteinte qui procède du fait même des poursuites engagées contre lui et qui augmente radicalement avec le passage du temps, et de trois autres facteurs: (1) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul; (2) les délais inhérents à la nature de l'affaire et (3) les limitations des ressources institutionnelles.

The interests of the accused which are protected by s. 11(b) have already been identified as the liberty and security of the person. 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.

As Brennan J. noted in *Dickey v. Florida*, *supra*, at p. 54:

... there is usually little chance of conclusively showing the harm sustained by an accused as a result of public accusation. One commentator has stated that '(t)here is no way of proving the prejudice to the accused which occurs outside the courtroom ... the public suspicion, the severing of family and social ties, and the personal anxiety'. Note, *The Right to a Speedy Criminal Trial*, 57 Col. L. Rev. 846, 864.

Neither should the varying degrees of sensitivity as between individual accused be the focus of the courts' analysis. A subjective approach would not only place a well nigh impossible burden of proof on most accused but might also lead to an unacceptable measure of inequality of treatment.

The proper approach, in my view, is to recognize that prejudice underlies the right, while recognizing at the same time that actual prejudice need not be, indeed is not, relevant to establishing a violation of s. 11(b).

This approach is predicated upon two propositions. First, prejudice is part of the rationale for the right and is assured by the very presence of s. 11(b) in the *Charter*. Consequently, there exists an irrebuttable presumption that, as of the moment of the charge, the accused suffers a prejudice the guarantee is aimed at limiting, and that the prejudice increases over time.

Les intérêts de l'inculpé qui sont protégés par l'al. 11b) ont déjà été identifiés comme étant la liberté et la sécurité de la personne. 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.

Comme l'a noté le juge Brennan dans l'arrêt *Dickey v. Florida*, précité, à la p. 54:

[TRADUCTION] ... habituellement, il y a peu de chance qu'on puisse démontrer d'une manière concluante le dommage subi par le prévenu par suite d'une accusation publique. Un commentateur a déjà dit «qu'il n'existe aucun moyen de prouver le préjudice que l'accusé subit hors du prétoire ... la suspicion publique, la rupture des liens familiaux et sociaux et l'angoisse personnelle». Note, *The Right to a Speedy Criminal Trial*, 57 Col. L. Rev. 846, à la p. 864.

Les degrés divers d'émotivité des différents accusés ne devraient pas non plus être le point de mire de l'analyse des tribunaux. Une démarche subjective non seulement imposerait un fardeau de preuve quasi impossible à la plupart des accusés, mais pourrait aussi susciter des inégalités de traitement fort inacceptables.

La démarche appropriée, à mon avis, consiste à reconnaître qu'un préjudice est sous-jacent à ce droit, tout en admettant aussi qu'un dommage réel n'a pas à être pertinent, ni d'ailleurs ne l'est, pour établir qu'il y a violation de l'al. 11b).

Cette démarche se fonde sur deux propositions. En premier lieu, le préjudice constitue l'une des raisons d'être du droit et il découle de la présence même de l'al. 11b) dans la *Charte*. En conséquence, il existe une présomption irréfragable que, dès l'inculpation, l'inculpé subit un préjudice que la garantie cherche à limiter, et ce préjudice s'accroît avec le temps.

Second, subjective prejudice is irrelevant when determining unreasonable delay. That type of prejudice will, however, be relevant to a determination of appropriate relief.

Thus, I respectfully disagree with the courts below and, in my respectful view, whether Rahey's ability to mount a full and fair defence was or was not impaired is not relevant to a determination of whether there has elapsed an unreasonable period of time. It is a factor to consider when addressing a s. 11(d) violation, but not a s. 11(b) violation. Prejudice is, however, as I have mentioned in *Mills*, a factor to be considered when deciding whether a remedy additional to a stay should be granted.

There is another issue to be addressed in this appeal. It was raised by the Court of Appeal but not decided because of their finding no prejudice to support a violation. It relates to the space of time to be considered. Indeed the delay of which the appellant complains is not the delay between the time the charge was laid and the moment that the accused was brought to trial, but rather the amount of time that it took for the Magistrate, during the trial and after a motion for a directed verdict, to render his decision on that motion. The question raised by the Court of Appeal is whether the right is protected and the goal of s. 11(b) achieved, if the trial commences within a reasonable time from the charge, even if it is thereafter adjourned on numerous occasions and is abnormally and unusually prolonged.

As I have already said here and in *Mills*, s. 11(b) protects against an overlong subjection to a pending criminal case and aims to relieve against the stress and anxiety which continue until the outcome of the case is final. The delay in the present case occurred prior to a determination of guilt or innocence and thus, while the case was pending, the appellant continued to be subjected to stress and anxiety. The appellant attended before the court whenever Judge McIntyre adjourned the

En second lieu, l'existence d'un préjudice subjectif est sans importance lorsqu'il s'agit de déterminer si le délai est déraisonnable. L'existence de ce type de préjudice devient toutefois pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer la réparation convenable.

Donc, avec égards, je ne partage pas l'avis des tribunaux d'instance inférieure et j'estime que la question de savoir s'il y a eu ou non atteinte à la capacité de Rahey de se constituer une défense pleine, entière et équitable n'a rien à voir avec celle de savoir s'il s'est écoulé un délai déraisonnable. C'est un élément qu'il faut prendre en considération relativement à une violation de l'al. 11d), mais non pas dans le cas d'une infraction à l'al. 11b). Toutefois, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Mills*, le préjudice est un facteur qui doit être pris en considération pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une réparation en plus de la suspension d'instance.

Il reste encore une question à examiner en l'espèce. Soulevée par la Cour d'appel qui ne l'a cependant pas tranchée parce qu'elle a conclu qu'il n'y avait aucun préjudice pouvant justifier une conclusion à une violation, cette question concerne le laps de temps à prendre en considération. En fait, le délai dont se plaint l'appelant concerne non pas le temps écoulé entre le moment de l'inculpation et le début de son procès, mais plutôt le temps qu'a pris le magistrat, au cours du procès et suite à une requête en obtention d'un verdict imposé, pour rendre une décision sur cette requête. La question soulevée par la Cour d'appel est de savoir si le droit en cause est protégé et l'objectif de l'al. 11b) atteint, lorsque le procès commence dans un délai raisonnable après l'inculpation, même s'il fait subseqüemment l'objet de maints ajournements et se prolonge d'une manière anormale et inhabituelle.

Comme je l'ai déjà affirmé dans les présents motifs et dans l'arrêt *Mills*, l'al. 11b) protège contre un assujettissement trop long à une accusation criminelle pendante et vise à soulager de la tension et de l'angoisse qui persistent jusqu'à ce que l'affaire soit finalement tranchée. En l'espèce, le délai est survenu avant la détermination de la culpabilité ou de l'innocence et ainsi, tant que l'instance est demeurée pendante, l'appelant a continué d'éprouver de la tension et de l'angoisse.

proceedings and was put under the stress of nineteen appearances in court, each one ending unsatisfactorily. To terminate the protection afforded by s. 11(b) as of the moment the trial is commenced without also considering as relevant the delay that may occur thereafter would be to disregard the purpose of that provision and would unduly emasculate the protection it was sought to afford. The stigma of being an accused does not end when the person is brought to trial but rather when the trial is at an end and the decision is rendered. The computation cannot end as of the moment the trial begins, but rather must continue until the end of the saga, all of which must be within a reasonable time.

In passing I should like to add the following comment. Although it may be argued that the appeal period and the time which it takes to finally determine an appeal may also be relevant in the calculation of s. 11(b) delays, that issue does not arise here nor was it raised by the courts below and it need not and should not be addressed at this time.

Having thus determined that a delay that has occurred after the beginning of the trial is part of the delay that is to be calculated under s. 11(b), we must now determine whether the delay from the moment Rahey was charged with the offence until Judge McIntyre rendered his decision was unreasonable. The investigation into the affairs of the appellant was commenced in May 1978. In September of 1981, the charges were laid against him. One month later, in October 1981, he pleaded not guilty to the charges. The trial began five months later, in March 1982. The Crown closed its case in November 1982, and the motion for a directed verdict was pleaded on December 13, 1982. On November 15, 1983, only after a motion by Rahey for an order dismissing the charges against him because of an unreasonable delay in the proceedings, Judge McIntyre delivered his decision, dismissing the motion for a directed verdict and ordering that the trial continue. Thus, a

L'appelant a comparu en cour chaque fois que le juge McIntyre a ajourné les procédures et il a dû subir la tension de dix-neuf comparutions, chacune desquelles se terminant de manière non satisfaisante. Mettre fin à la protection offerte par l'al. 11(b) dès l'ouverture du procès, sans en outre considérer comme pertinent tout délai qui peut survenir par la suite, reviendrait à faire abstraction de l'objet de cette disposition et à diminuer indûment la protection souhaitée. Les stigmates résultant d'une inculpation disparaissent non pas lorsque l'inculpé est traduit devant les tribunaux pour subir son procès, mais lorsque le procès prend fin et que la décision est rendue. Le calcul du délai ne cesse pas au moment de l'ouverture du procès, mais se poursuit plutôt jusqu'à la toute fin de l'histoire, et le tout doit se dérouler dans un délai raisonnable.

J'aimerais ajouter en passant l'observation suivante. Bien qu'on puisse faire valoir que le délai d'appel et le temps pris pour trancher définitivement un appel peuvent aussi être pertinents dans le calcul du délai dont parle l'al. 11(b), cette question ne se pose pas en l'espèce ni n'a été soulevée par les tribunaux d'instance inférieure; elle n'a donc pas à être abordée ici et ne doit pas l'être non plus.

Ayant ainsi établi qu'un délai survenu après le début du procès fait partie du délai à calculer en vertu de l'al. 11(b), nous devons maintenant déterminer si le délai qui s'est écoulé entre le moment de l'inculpation de Rahey et la décision du juge McIntyre a été déraisonnable. L'enquête sur les affaires de l'appelant a été ouverte en mai 1978. En septembre 1981, les accusations ont été portées contre lui. Un mois plus tard, en octobre 1981, il a plaidé non coupable relativement aux accusations. Le procès a commencé cinq mois plus tard, soit en mars 1982. La poursuite a terminé la présentation de sa preuve en novembre 1982 et la requête en obtention d'un verdict imposé a été débattue le 13 décembre 1982. Ce n'est qu'à la suite d'une requête présentée par Rahey en vue d'obtenir le rejet des accusations portées contre lui, pour cause de délai déraisonnable dans les procédures, que le juge McIntyre a rendu, le 15 novembre 1983, sa décision déboutant l'appelant de sa requête en

further eleven-month delay was added to the trial process.

The charges against the appellant were complicated and involved the making of false or deceptive tax returns over a period of six years. A lengthy pretrial and trial process may, therefore, have been foreseeable. However, the eleven-month delay was the result of inaction on the part of the trial judge when faced with a decision that generally is made within a few days. Glube C.J.T.D. called his delay "shocking, inordinate and unconscionable". The Court of Appeal referred to his "disgraceful slowness". In the words of s. 11(b), the delay is unreasonable and, if challenged under the *Charter*, it must be explained. Even if these eleven months are inserted into other explained or justifiable periods of delay, if the overall period of time elapsed since the charge as a result of the delay is *prima facie* unreasonable, there is still a need for an explanation and none was offered.

The Crown argued that the delay in these proceedings "might have been obviated or ameliorated if [Rahey] had declined to consent to the numerous adjournments, or raised his concerns with the Crown or magistrate much earlier, or sought mandamus himself long before". The Crown added that "This weighs in the balance against him now".

As I indicated in *Mills*, waiver of time periods by the accused may be a factor in determining whether a delay is unreasonable. If an accused requests, causes or consents to a delay, it should normally be excluded from consideration when assessing reasonableness, but such waiver must be clear, unequivocal and informed. Furthermore, such waiver merely excludes the time that is waived from the calculation of a reasonable time and does not affect the right itself. Although Rahey did consent to the nineteen adjournments requested by Judge McIntyre, his behaviour is not, in my respectful view, an unequivocal waiver. Section 738(1) of the *Criminal Code* requires the consent of both parties if there is to be an adjourn-

obtention d'un verdict imposé et ordonnant que le procès se poursuive. Ainsi, les procédures judiciaires ont été retardées de onze mois supplémentaires.

^a Les accusations portées contre l'appelant étaient complexes et l'inculpaient notamment d'avoir fait des déclarations d'impôt fausses ou trompeuses au cours d'une période de six ans. Il était donc prévisible que la durée des procédures préalables au ^b procès et du procès lui-même serait très longue. Toutefois, le délai de onze mois est dû à l'inaction du juge du procès devant une décision qui se prend généralement en quelques jours. Selon le juge en chef Glube, le délai était «honteux, démesuré et ^c déraisonnable». La Cour d'appel pour sa part a parlé de sa «lenteur scandaleuse». Il s'agit d'un ^d délai qui est déraisonnable au sens de l'al. 11b) et qui, en cas d'une contestation fondée sur la *Charte*, doit être expliqué. Même en supposant que ces ^e onze mois s'insèrent dans d'autres délais justifiés ou justifiables, si le délai global écoulé depuis l'inculpation par suite de ce retard est déraisonnable à première vue, la nécessité d'une explication subsiste et aucune n'a été offerte.

La poursuite a fait valoir que le délai en l'espèce [TRADUCTION] «aurait pu être évité ou réduit si [Rahey] avait refusé de consentir aux nombreux ^f ajournements, ou s'il n'avait pas attendu aussi longtemps pour faire part de ses préoccupations à la poursuite ou au magistrat, ou encore s'il avait lui-même demandé un *mandamus* beaucoup plus tôt». La poursuite a ajouté que [TRADUCTION] ^g «Cela joue contre lui maintenant».

Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Mills*, la renonciation par l'accusé à invoquer certaines périodes dans le calcul peut être un facteur à ^h prendre en considération en déterminant si un délai est déraisonnable. Le délai demandé, causé ou accepté par un accusé doit normalement être exclu de l'évaluation du caractère raisonnable, mais cette renonciation doit être claire, sans équivoque et éclairée. En outre, cette renonciation ⁱ exclut simplement la période en question du calcul de la durée du délai raisonnable et ne porte pas atteinte au droit lui-même. Même si Rahey a ^j consenti aux dix-neuf ajournements demandés par le juge McIntyre, sa conduite, selon moi, ne constitue pas une renonciation non équivoque. Le para-

ment of the trial for more than eight clear days. Rahey, wanting to be co-operative and surely not unmindful of the fact that the delay was at the request of the judge who was in the process of deliberating on a motion for a directed verdict, acquiesced to the adjournments, one by one. His numerous consents to extend the time for the decision by the judge resulted in a delay of eleven months. Had he been asked at the outset to do so, he probably would not have consented to wait eleven months for a decision on his motion, such decisions usually being made in a few days.

Acquiescence to a delay that is requested by the judge in whose hands the fate of a motion for a directed verdict lies must be assessed differently than acquiescence to those delays in proceedings that are made at the request of the Crown. It is not unlikely that an accused will consent to a short delay when the judge is deliberating on the motion for a directed verdict. That judge is in a position of authority and the accused would be well advised by counsel to extend to the judge every courtesy. Such behaviour, however, cannot be seen as a waiver for the entire eleven-month delay. Throughout the trial Rahey acted in such a manner as to indicate his desire to speed up the trial. He signed written admissions of fact constituting forty-six pages and his counsel, on numerous occasions, agreed to leading questions, accepted the authenticity of documentation, and waived objections. Had Rahey known at the outset that his consent would result in a delay of almost one year to present his evidence, he is unlikely to have been so forthcoming with his consent.

The time elapsed from the moment of the charge until the closing of the Crown's case was, though lengthy, not in violation of the accused's rights under s. 11(b) given "the time requirements inherent in the nature of the case". However, when the unjustified additional lapse of time caused thereafter by the trial judge is inserted into the overall period of time, this accused's rights under

graphe 738(1) du *Code criminel* exige le consentement des deux parties pour un ajournement du procès à plus de huit jours francs. Rahey, voulant se montrer coopératif et certainement conscient du fait que c'était le juge qui délibérait sur la requête en obtention d'un verdict imposé qui avait demandé le délai, a acquiescé chaque fois aux ajournements. Ses nombreux consentements à proroger le délai dans lequel le juge devait rendre sa décision ont engendré un délai de onze mois. Il est probable que, si on le lui avait demandé dès le départ, il n'aurait pas consenti à attendre pendant onze mois une décision sur sa requête étant donné que de telles décisions se prennent normalement en quelques jours.

L'acquiescement à un délai demandé par le juge saisi d'une requête en obtention d'un verdict imposé doit être évalué différemment de l'acquiescement à des ajournements de procédures demandés par la poursuite. Il est probable que l'accusé consentira à un bref ajournement lorsque le juge est en train de délibérer sur la requête en obtention d'un verdict imposé. Ce juge se trouve en situation d'autorité et l'accusé serait bien conseillé par son avocat de faire montre de la plus grande obligeance envers le juge. Une telle conduite ne peut toutefois pas s'interpréter comme une renonciation visant la totalité du délai de onze mois. Pendant toute la durée du procès, Rahey a agi d'une manière qui manifestait sa volonté d'accélérer les procédures. Il a signé quarante-six pages d'aveux écrits sur des questions de fait et son avocat, à maintes reprises, a accepté qu'on pose des questions suggestives, a reconnu l'authenticité de documents et a renoncé à soulever des objections. Si Rahey avait su au départ que son consentement occasionnerait un retard de presque un an dans la présentation de sa preuve, il ne l'aurait probablement pas donné aussi volontiers.

Le délai écoulé depuis le moment de l'inculpation jusqu'à la fin de la présentation de la preuve de la poursuite, quoique long, ne constituait pas une atteinte aux droits reconnus à l'accusé par l'al. 11(b), compte tenu des «délais inhérents à la nature de l'affaire». Cependant, lorsqu'on ajoute à la période globale le laps de temps supplémentaire injustifié attribuable à l'inaction du juge du procès

s. 11(b) have, in my respectful view, been clearly infringed.

Remedy

Now to turn to the remedy. Again in *Mills*, I have explained why a stay is the minimal remedy. If an accused has the constitutional right to be tried within a reasonable time, he has the right not to be tried beyond that point in time, and no court has jurisdiction to try him or order that he be tried in violation of that right. After the passage of an unreasonable period of time, no trial, not even the fairest possible trial, is permissible. To allow a trial to proceed after such a finding would be to participate in a further violation of the *Charter*. In *Barker v. Wingo, supra*, Powell J. wrote, at p. 522:

The amorphous quality of the right also leads to the unsatisfactorily severe remedy of dismissal of the indictment when the right has been deprived. This is indeed a serious consequence because it means that a defendant who may be guilty of a serious crime will go free, without having been tried. Such a remedy is more serious than an exclusionary rule or a reversal for a new trial, but it is the only possible remedy.

Burger C.J. later wrote in *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973), at p. 440, "In light of the policies which underlie the right to a speedy trial, dismissal must remain, as [Powell J. in] *Barker* noted, 'the only possible remedy'". The same is true, in my view, under s. 11(b), in that a trial cannot be allowed to proceed subsequent to a finding that a violation has occurred.

I am also in substantial agreement, however, with the following passage of Martin J.A. in *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20 (Ont. C.A.), at p. 43:

In my opinion there may well be cases where, balancing all the various factors, . . . it will be apparent that the point is being approached, although it has not yet been reached, when any significant continuation of the delay in the trial of an accused person will result in an abridgment of his constitutional right to be tried within

par la suite, j'estime, avec égards, qu'il y a violation manifeste des droits que confère à l'accusé l'al. 11b).

a La réparation

Passons maintenant à la question de la réparation. Dans l'arrêt *Mills*, j'ai déjà expliqué pourquoi la suspension d'instance constitue une réparation minimale. Si un accusé bénéficie en vertu de la Constitution du droit d'être jugé dans un délai raisonnable, il a aussi le droit de ne pas être jugé une fois ce délai écoulé et aucun tribunal n'a compétence pour le juger ou pour ordonner qu'il soit jugé contrairement à ce droit. Une fois écoulé un laps de temps déraisonnable, aucun procès, si équitable soit-il, n'est autorisé. Laisser un procès suivre son cours après une telle conclusion reviendrait à participer à une autre violation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, précité, le juge Powell écrit, à la p. 522:

[TRADUCTION] Le caractère indéfini du droit suscite aussi une sanction radicale insatisfaisante, soit le rejet de l'accusation en cas de négation du droit. C'est là en vérité une conséquence grave car cela signifie qu'on remettra peut-être en liberté un défendeur coupable d'un crime grave sans l'avoir jugé. Cette sanction a un effet beaucoup plus grave qu'une règle d'exclusion ou qu'un renvoi à un nouveau procès, mais c'est la seule possible.

Le juge en chef Burger a écrit ultérieurement dans l'arrêt *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973), à la p. 440: [TRADUCTION] «Compte tenu des principes qui sous-tendent le droit d'être jugé avec célérité, le rejet demeure, comme le notait [le juge Powell dans] l'arrêt *Barker*, «la seule sanction possible». Il en est de même, à mon avis, dans le cas de l'al. 11b); on ne peut en effet laisser le procès suivre son cours après avoir constaté la violation.

Cependant, je souscris aussi pour l'essentiel au passage suivant du juge Martin, dans l'arrêt *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20 (C.A. Ont.), à la p. 43:

[TRADUCTION] À mon avis, il peut fort bien y avoir des cas où, compte tenu des divers facteurs, [. . .] il sera apparent qu'on en arrive à un point, sans l'avoir encore atteint, où la continuation notoire du délai dans le procès du prévenu portera atteinte à son droit constitutionnel d'être jugé dans un délai raisonnable. Dans ce

a reasonable time. In those circumstances the court, in the exercise of its inherent power to control its own process, may direct that the trial proceed at an early date and dismiss the charge if the Crown fails to proceed on that date.

It is, in other words, open to the courts to take preventive measures, based on their inherent power to control their process, prior to an actual violation of s. 11(b). Where, however, on balancing the various factors, the court decides that the accused's right to be tried within a reasonable time has already been contravened, a stay of proceedings will be the appropriate remedy. It is not necessarily the only remedy, for additional remedies may be just and appropriate in the circumstances of the case. The stay is a minimum remedy, to which others may be added, such as, possibly, damages, if it be proved that there was malice on the part of the Crown and resulting prejudice.

Given Glube C.J.T.D.'s dismissal of the charges in this case, I think something should be added as regards acquitting an accused. There will be cases where an accused will be entitled to more than a stay and where the appropriate remedy will be an acquittal. This point has not been raised in this Court nor in any of the courts below and, in my view, as little as possible should be said on the point in this case. However, this much might be said. If an accused chooses, as in this case, to challenge the process before the end of the trial under s. 11(b) of the *Charter*, he or she then elects to put a definitive but premature end to the process instead of a final determination of the issue of guilt or innocence. In such a case, the proper remedy is, in my respectful view, a stay.

I would, therefore, allow this appeal and order that the proceedings against Rahey be stayed.

cas, le tribunal, qui est maître de sa procédure, pourra ordonner de tenir le procès à une date rapprochée et prononcer un rejet si la poursuite n'agit pas à ce moment-là.

Autrement dit, les tribunaux peuvent prendre des mesures préventives, parce qu'ils sont maîtres de leur propre procédure, avant qu'il y ait vraiment violation de l'al. 11b). Lorsque cependant, tenant compte des divers facteurs, le tribunal décide que le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable a déjà été enfreint, la réparation appropriée sera la suspension d'instance. Ce n'est pas nécessairement la seule réparation; d'autres formes de réparation peuvent être tout aussi justes et convenables eu égard aux circonstances. La suspension est un minimum auquel d'autres formes de réparation, tels par exemple les dommages-intérêts, peuvent être ajoutées, si l'on prouve l'intention malveillante de la poursuite et un préjudice en découlant.

Étant donné que le juge en chef Glube a rejeté les accusations en l'espèce, je crois que l'on devrait ajouter quelque chose au sujet de l'acquiescement d'un accusé. Il y aura des cas où un accusé aura droit à davantage qu'une suspension des procédures et où l'acquiescement sera la réparation convenable. Cette question n'a été soulevée ni en cette Cour ni devant les cours d'instance inférieure et j'estime qu'on devrait s'y attarder le moins possible en l'espèce. Cependant, on pourrait peut-être dire simplement ceci: si un accusé choisit, comme c'est le cas en l'espèce, de contester les procédures avant la fin du procès en se fondant sur l'al. 11b) de la *Charte*, il choisit alors d'interrompre définitivement mais prématurément les procédures au lieu de chercher à obtenir une décision finale quant à la question de sa culpabilité ou de son innocence. Avec égards, j'estime que dans un tel cas, la suspension des procédures est la réparation convenable.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la suspension des procédures engagées contre Rahey.

The reasons of Beetz and Le Dain JJ. were delivered by

LE DAIN J.—I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and order a stay of proceedings. I agree with my colleagues Lamer, Wilson and La Forest JJ., for the reasons given by them that the Supreme Court of Nova Scotia was in this case a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the appellant did not waive the right, guaranteed by s. 11(b) of the *Charter*, to be tried within a reasonable time. As the reasons for judgment of my colleagues indicate, the principal questions on which there are differences of opinion are the factors to be considered and weighed in determining whether there has been an infringement of the right to be tried within a reasonable time, in particular, the extent to which prejudice is a relevant factor and the manner in which it is to be applied, and whether a stay of proceedings must be regarded as the appropriate and just remedy for an infringement of this right.

In my opinion, the factors to be considered and weighed in determining whether there has been an infringement of the right to be tried within a reasonable time may be summed up as follows: (a) whether the delay complained of is *prima facie* unreasonable, having regard to the inherent time requirements of the particular case; (b) the reasons or responsibility for the delay, having regard to the conduct of the prosecution and the accused, including the question of failure to object or waiver, as well as the conduct of the court and any responsibility which may be reasonably assigned to the unacceptable inadequacy of institutional resources; and (c) the prejudice caused to the accused by a particular delay. I have found the general approach to the application of these factors by Martin J.A. in the judgments which he delivered on behalf of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20, and *R. v. Heaslip* (1983), 9 C.C.C. (3d) 480 to be particularly illuminating and helpful.

Version française des motifs des juges Beetz et Le Dain rendus par

LE JUGE LE DAIN—Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et d'ordonner la suspension des procédures. Pour les raisons données par mes collègues les juges Lamer, Wilson et La Forest, je suis d'accord avec eux pour dire que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse était en l'espèce un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que l'appelant n'a pas renoncé au droit d'être jugé dans un délai raisonnable, que lui garantit l'al. 11b) de la *Charte*. Comme l'indiquent les motifs de jugement de mes collègues, les principales questions sur lesquelles il y a des divergences d'opinions sont les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable, en particulier, la mesure dans laquelle le préjudice est un facteur pertinent et la manière dont il faut l'appliquer, ainsi que la question de savoir si une suspension d'instance doit être considérée comme une réparation convenable et juste pour la violation de ce droit.

À mon avis, les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable peuvent être résumés ainsi: a) la question de savoir si le délai dont on se plaint est déraisonnable à première vue, compte tenu des délais inhérents au cas particulier; b) les motifs du délai ou la responsabilité à cet égard, compte tenu de la conduite de la poursuite et de l'accusé, y compris la question de la non-opposition ou de la renonciation, ainsi que de la conduite de la cour et de toute responsabilité qui peut raisonnablement être attribuée à l'insuffisance inacceptable de ressources institutionnelles, et c) le préjudice causé à l'accusé par un délai particulier. J'ai trouvé particulièrement instructive et utile la façon générale dont le juge Martin a abordé l'application de ces facteurs dans les arrêts *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20, et *R. v. Heaslip* (1983), 9 C.C.C. (3d) 480, qu'il a rendus au nom de la Cour d'appel de l'Ontario.

With respect to prejudice, I agree with Wilson and La Forest JJ., for the reasons given by them, that prejudice caused by delay to an accused's right to a fair trial, and in particular to his right to full answer and defence, is a relevant consideration in determining whether there has been an infringement of the right to be tried within a reasonable time. Although it is not essential to such a determination it is a factor which, if established, is entitled to particular weight. Glube C.J.T.D. found there was such prejudice. The Court of Appeal disagreed with this finding on the ground that there was no evidence to support it. I agree with Wilson and La Forest JJ. that where the issues in a case may turn to some significant extent on testimony such prejudice may be inferred from the elapse of an unreasonable period of time. In the result, I share their view that such prejudice was sufficiently established in the present case to be a relevant factor in the determination whether there had been an infringement of the right to be tried within a reasonable time.

With great respect, I do not share the view, however, that the effect of the delay in this case on the accused's business, because of the possible relationship between the criminal law process and the receivership, is a factor or circumstance to be taken into account and given particular weight in weighing the prejudice caused by the delay. The assessment of the prejudice caused to what have been referred to as the security interests of an accused should not take the particular circumstances of an accused into consideration. That would open the door to a differential application, based on personal circumstances, of the right guaranteed by s. 11(b) of the *Charter*. A general weight must be given to the prejudice caused to the security interests of an accused by a particular delay, whether it is presumed, as suggested by Lamer J., or inferred, as suggested by Wilson and La Forest JJ.

Finally, I am of the view that a stay of proceedings is the appropriate and just remedy for an infringement of the right to be tried within a

Pour ce qui est du préjudice, je suis d'accord avec les juges Wilson et La Forest, pour les motifs qu'ils donnent, que le préjudice qu'un délai cause au droit d'un accusé à un procès équitable et, en particulier, au droit qu'il a de se constituer une défense pleine et entière, est un facteur pertinent pour déterminer s'il y a eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Bien qu'il ne soit pas essentiel à cette détermination, il s'agit d'un facteur qui, s'il est établi, prend une importance particulière. Le juge en chef Glube de la Division de première instance a conclu à l'existence d'un tel préjudice. La Cour d'appel a rejeté cette conclusion pour le motif qu'elle n'était pas étayée par la preuve. Je suis d'accord avec les juges Wilson et La Forest pour dire que, lorsque les points litigieux d'une affaire peuvent reposer dans une mesure suffisamment importante sur des témoignages, ce préjudice peut être déduit de l'écoulement d'un laps de temps déraisonnable. En définitive, je partage leur opinion qu'on a établi de manière suffisante en l'espèce que ce préjudice constituait un facteur pertinent pour déterminer s'il y avait eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

Avec beaucoup d'égards cependant, je ne partage pas l'opinion que l'effet du délai en l'espèce sur l'entreprise de l'accusé, à cause de la relation possible entre les procédures criminelles et la mise sous séquestre, constitue un facteur ou un élément dont il faut tenir compte et auquel on doit accorder une importance particulière en évaluant le préjudice causé par le délai. L'évaluation du préjudice causé à ce qu'on a appelé les intérêts en matière de sécurité d'un accusé ne devrait pas tenir compte de la situation particulière de cet accusé. Cela ouvrirait la porte à une application variable, fondée sur la situation personnelle, du droit garanti par l'al. 11(b) de la *Charte*. Il faut accorder une importance générale au préjudice causé aux intérêts en matière de sécurité d'un accusé par un délai particulier, qu'il soit présumé, comme le propose le juge Lamer, ou déduit, comme le proposent les juges Wilson et La Forest.

Enfin, je suis d'avis que la suspension des procédures est la réparation convenable et juste pour une violation du droit d'être jugé dans un délai

reasonable time. I do not find it necessary, in support of this conclusion, to characterize such an infringement as going to the jurisdiction to try an accused, although such a characterization may well be justified for other purposes. It is sufficient, in my view, that a remedy, such as an order to expedite proceedings, that would compel the trial of an accused beyond a reasonable time cannot be regarded as appropriate and just. There is no doubt, as suggested by *La Forest J.* and the critics of the American jurisprudence, that this drastic outcome must inevitably influence the determination whether there has been an infringement of the right to be tried within a reasonable time. This may well ensure that there are compelling reasons for such a determination, which in my opinion is a good thing, but it need not, as the result in the present appeal indicates, and must not, deter a court from applying the guarantee of s. 11(b) in a clear case.

The reasons of *Estey* and *Wilson JJ.* were delivered by

WILSON J.—The facts of this case are fully set out in the reasons of my colleague, Justice Lamer, and I will not repeat them here.

I agree with my colleague and with *Glube C.J.T.D.*, for the reasons given by them, that *Glube C.J.T.D.* had jurisdiction to hear the s. 24(1) application and properly exercised her discretion in deciding to do so in the circumstances of this case.

I agree also with my colleague and with *Glube C.J.T.D.* that the appellant's right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was infringed in this case. *Glube C.J.T.D.* dismissed the charges against the appellant on the basis that dismissal was the appropriate remedy in this case but in so doing she assumed that she had the remedial flexibility to grant an order expediting the trial instead. I think she was wrong on this point. I agree with *Lamer J.* that a finding that

raisonnable. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire, pour appuyer cette conclusion, de qualifier une telle violation d'atteinte à la compétence de juger un accusé, quoiqu'une telle qualification puisse bien être justifiée à d'autres fins. À mon avis, il suffit qu'une réparation, comme une ordonnance enjoignant d'accélérer les procédures, qui forcerait un accusé à subir son procès au-delà d'un délai raisonnable, ne puisse pas être considérée comme convenable et juste. Il ne fait pas de doute, comme le disent le juge *La Forest* et les critiques de la jurisprudence américaine, qu'un résultat aussi draconien a inévitablement une influence quand il s'agit de déterminer s'il y a eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Cela peut bien assurer qu'il faudra des raisons impérieuses pour faire cette détermination, ce qui à mon sens est une bonne chose, mais cela ne peut, comme l'indique l'issue du présent pourvoi, ni ne doit dissuader un tribunal d'appliquer la garantie de l'al. 11b) dans un cas qui s'y prête nettement.

Version française des motifs des juges *Estey* et *Wilson* rendus par

LE JUGE WILSON—Les faits de l'espèce sont exposés d'une manière complète dans les motifs de mon collègue, le juge Lamer, et je m'abstiens de les reprendre ici.

Pour les mêmes raisons qu'ils ont données respectivement, je suis d'accord avec mon collègue et le juge en chef *Glube* de la Division de première instance pour dire que cette dernière était compétente pour entendre la demande fondée sur le par. 24(1) et qu'elle a exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire en décidant de le faire dans les circonstances de l'espèce.

Je conviens également avec mon collègue et avec le juge en chef *Glube* qu'il y a eu atteinte en l'espèce au droit d'être jugé dans un délai raisonnable que l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appellant. Le juge en chef *Glube* a rejeté les accusations portées contre l'appellant pour le motif que c'était là la réparation convenable en l'espèce, mais ce faisant, elle a présumé qu'il lui était possible d'accorder plutôt une ordonnance enjoignant d'accélérer le procès. Je crois qu'elle a commis une erreur à cet égard. Je

s. 11(b) has been infringed goes to the jurisdiction of any court to put the accused on trial or to continue with the charges against him. For clarification of my position on this aspect I want to stress the following. An application for relief under s. 24(1) can only be made by a person whose right under s. 11(b) has been infringed. This is clear from the opening words of s. 24(1). The applicant must have satisfied the court that the reasonable time referred to in the section has already expired. If it has not already expired the accused may, of course, be entitled to claim other relief but not under s. 24(1) for a violation of s. 11(b). He may be able to claim in the alternative for relief outside s. 24(1), e.g., for an order expediting his trial, in case the court should find on his s. 24(1) application that the reasonable time has not yet expired but is fast approaching. But, in my view, what the court cannot do is find that his right has been violated, i.e., that the reasonable time has already expired, and still press him on to trial. For to do so is to deprive him of his right under s. 11(b) in the pretext of granting him a remedy for its violation. It follows, therefore, that I cannot agree with my colleague, La Forest J., that there is a panoply of remedies available under s. 24(1) for the violation of s. 11(b).

La Forest J.'s conclusion in this regard seems to be based in part on the language of s. 24(1) to the effect that the applicant may apply to the court "to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". My colleague, however, overlooks the fact that s. 24(1) is a provision of general application which may be invoked by anyone whose rights under any of the rights sections of the *Charter* have been violated. What is an appropriate remedy for a violation of one right may not be appropriate for the violation of another. Accordingly, s. 24(1) is necessarily expressed so as to confer on a court of competent jurisdiction a broad discretion as to remedies. The remedy or remedies, as the case may be, must be

suis d'accord avec le juge Lamer pour dire qu'une conclusion qu'il y a eu violation de l'al. 11b) porte atteinte à la compétence de tout tribunal de faire subir un procès à l'accusé ou de maintenir les accusations contre lui. Pour clarifier ma position sur ce point, je tiens à souligner ce qui suit. Une demande de réparation aux termes du par. 24(1) ne peut être présentée que par la personne dont le droit garanti par l'al. 11b) a été violé. Cela ressort clairement du début du par. 24(1). Le requérant doit avoir convaincu le tribunal que le délai raisonnable mentionné dans l'article est déjà expiré. S'il n'est pas déjà expiré, l'accusé peut évidemment avoir le droit de demander une autre réparation, mais pas aux termes du par. 24(1) pour une violation de l'al. 11b). Il peut être en mesure de réclamer une autre réparation qui ne relève pas du par. 24(1), comme par exemple une ordonnance enjoignant d'accélérer son procès, si jamais le tribunal conclut, à l'égard de sa demande fondée sur le par. 24(1), que le délai raisonnable n'est pas encore expiré, mais qu'il est sur le point d'expirer. À mon avis, toutefois, ce que le tribunal ne peut faire, c'est conclure qu'il y a eu violation du droit de l'accusé, c.-à-d. que le délai raisonnable est déjà expiré, et persister à lui faire subir son procès. Cela aurait pour effet de le priver du droit que lui garantit l'al. 11b) sous prétexte de lui accorder une réparation pour sa violation. Il s'ensuit donc que je ne puis souscrire à l'opinion de mon collègue, le juge La Forest, qu'il peut y avoir, en vertu du par. 24(1), toute une gamme de réparations pour la violation de l'al. 11b).

La conclusion du juge La Forest à cet égard semble fondée en partie sur le texte du par. 24(1) selon lequel le requérant peut s'adresser au tribunal «pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances». Toutefois, mon collègue oublie que le par. 24(1) est une disposition d'application générale qui peut être invoquée par toute personne dont les droits garantis par l'un ou l'autre des articles de la *Charte* ont été violés. Ce qui constitue une réparation convenable pour la violation d'un droit peut ne pas convenir pour la violation d'un autre droit. Par conséquent, le par. 24(1) est nécessairement formulé de manière à conférer à un tribunal compétent un large pouvoir discrétionnaire en matière de

tailored to the particular right which has been violated. This does not mean, however, that all remedies are available for the violation of all rights. For the violation of some rights only one remedy may be available. For the violation of others a choice of remedies may be available. I believe that only one remedy — a stay of proceedings—is available under s. 24(1) where jurisdiction has been lost by the passage of an unreasonable period of time prior to the disposal of criminal charges against an accused.

The other factor relied upon by my colleague in support of a variety of remedies being available under s. 24(1) for a violation of s. 11(b) is his view that the contours of the right under s. 11(b) are shaped by the available remedies under s. 24(1). I find it difficult to see how the broad and general language of s. 24(1) can provide any helpful guidance as to the content of the rights enumerated in the *Charter*. But even if my colleague's approach is correct, and I cannot think that it is, then it must be equally applicable to all other rights for the violation of which s. 24(1) affords a variety of remedies. Reference to the discretionary remedies available in order to determine whether there has been a rights violation will remove all certainty from the content of our fundamental rights and make it virtually impossible, except *ex post facto* when the matter comes before the court, to determine whether a violation has occurred or not. It should be added that the more uncertain the content of fundamental rights, the more difficult it is for prosecutorial authorities to ensure that their actions accord with those rights. I do not doubt that more than one remedy may be available for the violation of some rights but the discretion of the court is confined to the remedy. It cannot, in my view, under any circumstances extend to the question of whether or not there has been a violation. That is not a matter of discretion; that is a matter of law as to which there can only be a "yes" or "no" answer. The answer cannot, in my

réparation. La réparation ou les réparations, selon le cas, doivent être adaptées au droit particulier qui a été violé. Toutefois, cela ne veut pas dire que toute la gamme des réparations est utilisable pour la violation de n'importe quel droit. Pour la violation de certains droits, il se peut qu'une seule forme de réparation puisse être accordée. Pour la violation d'autres droits, il se peut qu'on ait le choix entre diverses formes de réparation. Je crois qu'une seule forme de réparation, savoir la suspension des procédures, peut être accordée aux termes du par. 24(1) dans le cas d'une perte de compétence due au fait qu'un laps de temps déraisonnable s'est écoulé avant qu'on statue sur les accusations criminelles portées contre une personne.

L'autre facteur sur lequel s'appuie mon collègue pour affirmer qu'il peut y avoir, en vertu du par. 24(1), toute une gamme de réparations pour la violation de l'al. 11b) est son point de vue selon lequel les paramètres du droit garanti par l'al. 11b) sont fonction des formes de réparation qui peuvent être obtenues en vertu du par. 24(1). Il m'est difficile de voir comment les termes généraux du par. 24(1) peuvent être d'une quelconque utilité pour ce qui est de définir le contenu des droits énumérés dans la *Charte*. Mais même si le point de vue de mon collègue est correct, et je ne puis croire que c'est le cas, il doit alors être applicable également à tous les autres droits pour la violation desquels le par. 24(1) offre toute une gamme de réparations. La mention de diverses formes possibles de réparation pour déterminer s'il y a eu violation d'un droit a pour effet de rendre incertain le contenu de nos droits fondamentaux et fait en sorte qu'il devient quasi impossible, sauf après coup lorsqu'un tribunal est saisi de l'affaire, de déterminer si une violation a été commise. On devrait ajouter que plus incertain est le contenu des droits fondamentaux, plus il est difficile pour la poursuite d'assurer que ses actions sont conformes à ces droits. Je ne doute pas qu'il puisse y avoir plus d'une forme de réparation pour la violation de certains droits, mais le pouvoir discrétionnaire de la cour se limite à la réparation. J'estime qu'il ne peut, en aucun cas, s'appliquer à la question de savoir si une violation a été commise. Ce n'est pas une question de pouvoir discrétionnaire; c'est une question de droit à laquelle on ne peut

opinion, be “maybe”, depending on the appropriate remedy.

I pause here to emphasize that it is rights that are guaranteed under the *Charter*, not remedies. The content of those rights cannot, in my opinion, be determined by the procedural context. This would be to have the tail wag the dog. Remedies follow upon the violation of rights. It must first be determined that a violation has occurred before remedies are considered. It is the remedy which must be tailored to the right and not vice versa.

It will undoubtedly be difficult in some cases to decide whether a lapse of time in bringing an accused to trial has passed the reasonable mark or not. It is a question of degree and I agree with my colleague that all the circumstances of the case have to be considered by the court in making that determination. However, the courts are well accustomed to delineating the parameters of reasonableness. They decide, for example, whether real estate transactions have been closed within a reasonable time, whether physicians have taken reasonable care in treating their patients, whether the victims of tortious conduct have taken reasonable steps to mitigate their damages. They are, in my view, equally capable of deciding something much closer to home, namely whether an accused has been brought to trial within a reasonable time. If he has, then there has been no violation of s. 11(b) and s. 24(1) has no application. If he has not, then the prerequisites for a remedy under s. 24(1) are met. But that remedy cannot, in my opinion, be an extension of time to proceed with the trial. For that would be to compound the violation.

Of course, we must be concerned, as my colleague points out, if someone who (it seems) might well be found guilty of the offence charged escapes his or her just desserts because of a violation of s. 11(b). But is the answer to this to set the accused's rights at naught? Or is it, rather, to ensure the efficient working of the system? To pose the question is, I believe, to answer it.

répondre que par «oui» ou par «non». À mon sens, la réponse ne peut pas être «peut-être», selon la réparation convenable.

^a Je prends ici le temps de souligner que ce sont des droits, et non pas des formes de réparation, qui sont garantis par la *Charte*. Le contenu de ces droits ne peut pas, selon moi, dépendre du contexte de la procédure. Ce serait mettre la charrue devant ^b les bœufs. Les réparations viennent après la violation des droits. On doit d'abord établir qu'une violation a été commise pour pouvoir passer à l'examen de la réparation à accorder. C'est la réparation qui doit être adaptée au droit, et non ^c pas le contraire.

Il sera sans doute difficile dans certains cas de déterminer si un laps de temps déraisonnable s'est écoulé avant qu'on fasse subir son procès à un ^d accusé. C'est une question de degré et je suis d'accord avec mon collègue pour dire qu'en faisant cette détermination, le tribunal doit tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire. Toutefois, les tribunaux sont bien habitués à fixer les paramètres de ce qui est raisonnable. Par exemple, ils décident si des opérations immobilières ont été menées à terme dans un délai raisonnable, si des ^e médecins ont fait preuve de diligence raisonnable en traitant leurs patients, si des victimes de dommages ont pris des mesures raisonnables pour limiter leur préjudice. À mon avis, ils sont également capables de décider quelque chose qui se rapproche beaucoup plus de notre cas, savoir si un accusé a ^f subi son procès dans un délai raisonnable. Dans l'affirmative, alors il n'y a pas eu de violation de l'al. 11b) et le par. 24(1) ne s'applique pas. Dans la négative, alors les conditions nécessaires à une ^g réparation en vertu du par. 24(1) sont remplies. ^h Mais, à mon avis, cette réparation ne peut consister à proroger le délai pour faire subir le procès. En effet, ce serait là aggraver la violation.

Évidemment, comme mon collègue le souligne, ⁱ nous devons nous inquiéter si quelqu'un qui (semble-t-il) pourrait bien être déclaré coupable de l'infraction reprochée ne reçoit pas ce qu'il mérite, en raison d'une violation de l'al. 11b). Mais la réponse à cela consiste-t-elle à ne tenir aucun ^j compte des droits de l'accusé? Ou consiste-t-elle plutôt à assurer le bon fonctionnement du système? Poser la question est, selon moi, y répondre.

I have already indicated that I agree with Lamer J. that the appellant in this case was not tried within a reasonable time. I have, however, a point of disagreement with my colleague which appears from our respective reasons in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. I believe that in assessing whether or not the delay in disposing of charges against an accused was reasonable, prejudice to the accused resulting from the delay is very relevant. I cannot accept a “water-tight compartment” approach to *Charter* rights. I believe that the same factors which are relevant and entitled to consideration in relation to an alleged violation of one right may also be relevant and entitled to consideration in relation to an alleged violation of another. To say otherwise may well be to deny an accused the full measure of protection which the right he asserts was intended to provide.

If the passage of time has prejudiced the appellant in his ability to make full answer and defence to the charges brought against him, and Glube C.J.T.D. found in this case that it had, I see no good reason to exclude this from consideration in deciding whether or not the delay was reasonable. I agree, however, with my colleague that it may also be relevant on an alleged violation of s. 11(d). But the one does not, in my opinion, preclude the other. The simple fact is that one of the direct consequences of delay may be prejudice to a fair trial. Prejudice to a fair trial may arise, of course, from other causes. It would be to return to the “forms of action” to say that you must choose between s. 11(b) and s. 11(d) in a case like the present because the factors relevant to each are mutually exclusive. This is too confining an approach for a constitutional document framed in broad and generous terms.

I believe that there was evidence before the court on which Glube C.J.T.D. could properly have found an impairment of the appellant’s liberty and security interests arising specifically from

J’ai déjà indiqué que je suis d’accord avec le juge Lamer pour dire que l’appelant en l’espèce n’a pas été jugé dans un délai raisonnable. Toutefois, je suis en désaccord avec mon collègue sur un point qui ressort de nos motifs respectifs dans l’arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. Je crois que pour évaluer si le temps pris pour statuer sur les accusations portées contre une personne constitue un délai raisonnable, le préjudice subi par l’accusé à cause du délai est très pertinent. Je ne puis accepter qu’on aborde les droits que garantit la *Charte* comme s’ils étaient séparés par des cloisons étanches. Je crois que les mêmes facteurs qui sont pertinents et qui méritent d’être examinés relativement à une violation alléguée d’un certain droit peuvent également être pertinents et mériter d’être examinés relativement à la violation alléguée d’un autre droit. Affirmer le contraire pourrait bien revenir à nier à un accusé la protection complète que le droit qu’il fait valoir était destiné à assurer.

Si le laps de temps écoulé a porté préjudice à l’appelant pour ce qui est de sa capacité de présenter une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui, et le juge en chef Glube a conclu que c’était le cas en l’espèce, je ne vois aucune raison valable de ne pas en tenir compte pour décider si le délai était raisonnable. Toutefois, je conviens avec mon collègue qu’il peut également être pertinent à l’égard d’une violation alléguée de l’al. 11d). Mais à mon avis l’un n’empêche pas l’autre. Le fait est simplement que l’une des conséquences directes du délai peut être de préjudicier au droit à un procès équitable. Le préjudice causé au droit à un procès équitable peut évidemment avoir d’autres causes. Ce serait revenir aux «formes d’action» que d’affirmer que vous devez choisir entre l’al. 11b) et l’al. 11d) dans un cas comme la présente affaire puisque les facteurs qui se rapportent à chacun d’eux s’excluent mutuellement. C’est une conception trop restrictive pour un document constitutionnel formulé en des termes généraux.

Je crois que le juge en chef Glube disposait d’éléments de preuve qui lui permettaient de conclure à bon droit qu’il y avait eu violation des intérêts de l’appelant en matière de liberté et de

the delay in disposing of the charges against him. I think that MacKeigan C.J.N.S. was in error in characterizing Glube C.J.T.D.'s decision in terms of a "presumption" of prejudice unsupported by any evidence. She did not, in my view, "presume" prejudice or impairment in the way suggested by my colleague, Lamer J., in *Mills, supra*. Rather she examined the transcript, found extensive *viva voce* testimony, noted that some of the events dated back to 1971 and that in many instances witnesses could not recollect details of the transactions, and then inferred that the appellant's ability to make full answer and defence had been impaired by the extra eleven months' delay. It is true that if the appellant had been able to pinpoint the exact manner in which his defence strategy was undermined by memory loss, the claim of prejudice would have been that much stronger. However, it seems to me that so long as *viva voce* testimony played a fairly central role in the case, it is open to a judge to infer that the passage of time will dull memories, particularly if, as in this case, the events are routine book-keeping transactions which occurred ten years earlier. I do not believe that the appellant could be expected to produce subjective evidence of memory loss on the part of the witnesses. I think it should be sufficient for the judge, as Glube C.J.T.D. did in this case, to ascertain memory loss objectively or to infer it from the passage of time and that the burden on the appellant should be limited to demonstrating that *viva voce* testimony was an important element in the case. I think it was also open to the appellant to buttress this claim by leading evidence as to the ordinary and unmemorable nature of the events the witnesses were being asked to recall and the overall time span that they covered. This would seem to be relevant to the weight to be given to his claim of prejudice.

I agree with Glube C.J.T.D. that the accused's liberty and security interests were also impaired by the receivership. The appellant was reassessed by

sécurité qui résultait précisément du temps pris pour statuer sur les accusations portées contre lui. Je crois que le juge en chef MacKeigan de la Nouvelle-Écosse a commis une erreur en caractérisant la décision du juge en chef Glube de «présomption» de préjudice qui n'est appuyée par aucun élément de preuve. À mon avis, elle n'a pas «présumé» qu'il y avait préjudice ou atteinte de la manière suggérée par le juge Lamer dans l'arrêt *Mills*, précité. Elle a plutôt examiné la transcription des témoignages, y a trouvé des dépositions orales détaillées, a remarqué que certains événements remontaient à 1971 et que dans plusieurs cas les témoins ne pouvaient se rappeler les détails des opérations et a ensuite déduit que la capacité de l'appelant de présenter une défense pleine et entière avait été diminuée par le délai supplémentaire de onze mois. Il est vrai que si l'appelant avait été en mesure de préciser la manière exacte dont la stratégie de sa défense avait été entravée par la perte de mémoire, il lui aurait été d'autant plus facile de faire valoir le préjudice. Toutefois, il me semble que dans la mesure où les dépositions orales ont joué un rôle assez crucial dans l'affaire, un juge peut déduire que le temps écoulé a pour effet d'estomper les souvenirs, particulièrement si, comme en l'espèce, les événements sont des opérations courantes de tenue de livres qui se sont déroulées dix ans plus tôt. Je ne crois pas que l'on pouvait s'attendre à ce que l'appelant produise des éléments de preuve subjectifs d'une perte de mémoire de la part des témoins. Je crois qu'il devrait être suffisant que le juge, à l'instar du juge en chef Glube en l'espèce, évalue objectivement la perte de mémoire ou la déduise du temps écoulé et que le fardeau qui incombe à l'appelant soit limité à la démonstration que les dépositions orales constituaient un élément important de l'affaire. Je crois que l'appelant avait également la possibilité d'étayer cette demande en présentant des éléments de preuve relatifs à la nature ordinaire et banale des événements dont les témoins devaient se rappeler et à la période totale qu'ils visaient. Cela semblerait pertinent quant au poids à accorder au préjudice qu'il fait valoir.

Je conviens avec le juge en chef Glube que la mise sous séquestre a également porté atteinte aux intérêts de l'accusé en matière de liberté et de

the Minister on March 28, 1980. He filed a notice of objection to that reassessment shortly thereafter. However, consideration of the reassessment and his objection was stayed under s. 239(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 (am. S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1), which permits the Minister to do so where the same issue is the subject of a criminal prosecution. A court order placing the appellant's assets in receivership was then obtained pending the decision on the reassessment. Thus, delay in the criminal proceedings caused a corresponding delay in the appeal of the reassessment which in turn caused a delay in dissolving the receivership. In these circumstances it seems to me that the appellant succeeded in establishing a direct causal link between the delay in the criminal proceedings and the ongoing receivership. He was completely disabled from carrying on his business during this period. I see no reason why the civil impact of criminal proceedings cannot constitute prejudice to the accused resulting from delay under s. 11(b).

I wish to emphasize, however, the point I raised in my reasons in *Mills, supra*, namely that the impairment or prejudice we are concerned with under s. 11(b) is the impairment or prejudice arising from the delay in processing or disposing of the charges against an accused and not the impairment or prejudice arising from the fact that he has been charged. The prejudice arising from the fact of being charged with a criminal offence is suffered even where the accused is tried within a reasonable time. It is, so to speak, inherent in the system itself. I agree with Lamer J., however, that that prejudice must be kept to a minimum by a speedy disposition of the charges against the accused. If this is not done, then the degree of prejudice will exceed that which is the inevitable concomitant of the system and be directly attributable to the delay under s. 11(b).

A brief comment on waiver of delay. It would be my view that, in the context of judge-generated

sécurité. L'appelant a fait l'objet d'une nouvelle cotisation du Ministre le 28 mars 1980. Il a déposé un avis d'opposition à cette nouvelle cotisation peu après. Toutefois, l'examen de la nouvelle cotisation et de son opposition a été suspendu aux termes du par. 239(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148 (mod. S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1) qui permet au Ministre de le faire lorsqu'une même question fait l'objet de poursuites criminelles. Une ordonnance du tribunal plaçant les biens de l'appelant sous séquestre a alors été obtenue en attendant la décision sur la nouvelle cotisation. Ainsi, le délai dans les procédures criminelles a causé un délai correspondant dans l'appel de la nouvelle cotisation qui à son tour a engendré un délai dans la levée de la mise sous séquestre. Dans de telles circonstances, il me semble que l'appelant a réussi à établir un lien de causalité direct entre le délai dans les procédures criminelles et la mise sous séquestre qui se poursuivait. Il a été complètement empêché d'exploiter son entreprise au cours de cette période. Je ne vois pas pourquoi les répercussions civiles des procédures criminelles ne peuvent constituer un préjudice pour l'accusé, qui résulte du délai au sens de l'al. 11b).

Toutefois, je tiens à insister sur le point que j'ai soulevé dans mes motifs dans l'arrêt *Mills*, précité, savoir que l'atteinte ou le préjudice qui nous occupe aux termes de l'al. 11b) est l'atteinte ou le préjudice qui découle du temps pris pour traiter ou régler les accusations portées contre un accusé et non l'atteinte ou le préjudice qui découle du fait qu'il a été inculpé. Le préjudice qui découle du fait d'être accusé d'une infraction criminelle est subi même lorsque l'accusé est jugé dans un délai raisonnable. Cela est, pour ainsi dire, inhérent au système lui-même. Toutefois, je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire que ce préjudice doit être réduit au minimum en statuant promptement sur les accusations portées contre l'accusé. Si cela n'est pas fait, alors le degré de préjudice subi excédera celui qui est nécessairement accessoire au système et sera directement attribuable au délai au sens de l'al. 11b).

Voici une brève observation sur la renonciation à invoquer le délai. Je serais d'avis que, dans le

delay, it is unfair to deem waiver on the basis of a consent to the presiding judge's adjournment of the case as opposed to a consent to a Crown request for an adjournment. It is obvious that in this case the defence was inhibited in filing for mandamus and I think that in general the defence is in a very delicate position when it comes to complaining about the conduct of a trial. Accordingly waiver should not, in my view, be deemed to have occurred where counsel has consented to a judge-generated adjournment and no such waiver should therefore be deemed to have occurred in this case.

I would allow the appeal, set aside the order of the Nova Scotia Court of Appeal and order a stay of the proceedings against the appellant.

The reasons of McIntyre and La Forest JJ. were delivered by

LA FOREST J.—The question in this case is whether a superior court judge properly exercised her jurisdiction in dismissing charges against the accused because of the unreasonable delay of the trial judge. The case raises, first, the scope and character of the constitutional right, under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, of a person charged with an offence to be tried within a reasonable time, and second, the nature of the remedy to be provided for breach of that right. It also raises a preliminary issue of whether the superior court judge properly exercised her discretion to grant the appellant a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

The relevant provisions of the *Charter* are as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

(b) to be tried within a reasonable time;

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.

contexte d'un délai causé par un juge, il n'est pas juste de présumer la renonciation en fonction d'un consentement à l'ajournement de l'affaire par le juge qui la préside par opposition au consentement à une demande d'ajournement faite par le ministre public. Il est évident qu'en l'espèce la défense a été empêchée de demander un *mandamus* et je crois que, en général, la défense est dans une position très délicate lorsqu'il s'agit de se plaindre du déroulement d'un procès. Par conséquent, on ne devrait pas, à mon avis, présumer qu'il y a eu renonciation lorsqu'un avocat a consenti à un ajournement demandé par le juge, ce qui est le cas en l'espèce.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et d'ordonner la suspension des procédures engagées contre l'appellant.

Version française des motifs des juges McIntyre et La Forest rendus par

LE JUGE LA FOREST—La question soulevée en l'espèce est de savoir si le juge d'une cour supérieure a exercé à bon droit sa compétence en rejetant les accusations portées contre l'accusé en raison du délai déraisonnable causé par le juge du procès. L'espèce soulève d'abord la question de la portée et de la nature du droit constitutionnel d'être jugé dans un délai raisonnable que garantit à une personne inculpée d'une infraction l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et ensuite celle de la nature de la réparation à accorder pour la violation de ce droit. L'espèce soulève également la question préliminaire de savoir si le juge de la cour supérieure a exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire d'accorder à l'appellant une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

Les dispositions pertinentes de la *Charte* sont les suivantes:

11. Tout inculpé a le droit:

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

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.

For the reasons that follow, I am of the opinion that the time taken to try the appellant in this case was clearly unreasonable, that the superior court judge properly exercised her jurisdiction to grant relief under s. 24(1), and that in the circumstances she also properly exercised her discretion in dismissing the charges.

Facts

Following an investigation that began in May 1978, the appellant was charged in September 1981 under s. 239(1)(a) and (d) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 (am. S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1), with one count of wilful evasion of taxes in the amount of \$129,665.22, and six counts of making false or deceptive returns. Some months before he was charged, on January 9, 1981, all his property and assets and those of his associated companies were put into receivership, a situation I understand that continues to this day. Trial began before Judge McIntyre of the Provincial Judge's Court of Nova Scotia in March 1982, and the last Crown witness was heard in December 1982. At that time, defence counsel moved for a directed verdict dismissing the action.

Argument on the motion to dismiss was heard on December 13, 1982 and proceedings were then adjourned to January 21, 1983 for a decision. However, Judge McIntyre was not prepared to render a decision on that date, and the matter was further adjourned. In fact, fourteen more adjournments followed, all at the judge's request and at all of which the appellant was asked to appear in order to preserve jurisdiction, before defence counsel began to protest. Some nine months had then elapsed since the motion was made.

On September 13, 1983, defence counsel wrote to the Crown requesting in the strongest terms that it seek a decision from the judge since it was not appropriate for him to do so. As a result, on September 15, Crown counsel brought a motion before Judge McIntyre relating to the delay and

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que le temps pris pour juger l'appellant en l'espèce est nettement déraisonnable, que le juge de la cour supérieure a exercé à bon droit sa compétence en accordant une réparation en vertu du par. 24(1) et que, dans les circonstances, elle a également exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire en rejetant les accusations.

b Les faits

À la suite d'une enquête ouverte en mai 1978, on a porté contre l'appellant, en septembre 1981, en vertu des al. 239(1)a) et d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148 (mod. S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1), un chef d'accusation d'avoir volontairement éludé le paiement d'impôts s'élevant à 129 665,22 \$ et six chefs d'accusation d'avoir fait des déclarations d'impôt fausses ou trompeuses. Quelques mois avant d'être inculpé, le 9 janvier 1981, tous ses biens et l'ensemble de son actif et ceux de ses sociétés affiliées ont été mis sous séquestre, une situation qui, si je comprends bien, prévaut toujours. Le procès a commencé devant le juge McIntyre de la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse en mars 1982 et le dernier témoin de la poursuite a été entendu en décembre 1982. À cette époque, la défense a demandé un verdict imposé rejetant l'action.

Les arguments concernant la requête en rejet ont été entendus le 13 décembre 1982 et les procédures ont alors été ajournées au 21 janvier 1983 afin de permettre au juge de rendre une décision. Toutefois, le juge McIntyre n'était pas prêt à rendre une décision à cette date et l'affaire a de nouveau été ajournée. En fait, avant que l'avocat de la défense ne commence à protester, il y a eu quatorze autres ajournements, tous à la demande du juge et auxquels on a demandé à l'appellant de comparaître afin de maintenir la compétence du juge. Il s'était écoulé environ neuf mois depuis le dépôt de la requête.

Le 13 septembre 1983, l'avocat de la défense a adressé à l'avocat de la poursuite une lettre dans laquelle il insistait pour qu'il demande au juge de rendre une décision, puisqu'il n'était pas approprié pour lui de le faire. En conséquence, le 15 septembre, l'avocat de la poursuite a déposé devant le

was promised a decision on September 30. On September 28, however, the judge ordered a further adjournment until October 14. In response, defence counsel again wrote to Crown counsel on September 29, demanding that the charges against the appellant be withdrawn. He was shocked, he said, to learn that this matter had been adjourned once again, necessitating Mr. Rahey's appearing for the nineteenth time. He, therefore, claimed that the process had gone on too long, had been totally unfair to the accused, and violated his constitutional rights. He, therefore, requested the Crown to withdraw the charges. That request was repeated on October 19, after the judge had once again adjourned the proceedings, this time until October 28. On October 24, the Crown replied. It refused to withdraw the charges but promised to seek mandamus if a decision was not rendered on October 28. When proceedings were again adjourned to November 18, defence counsel wrote to the Crown on October 28 and October 31, again seeking withdrawal of the charges. The Crown instead filed a motion for mandamus on November 1, returnable on November 18. In response, defence counsel on November 14 brought an application before the Supreme Court of Nova Scotia under ss. 11(b) and 24(1) of the *Charter* for an order dismissing the charges.

The following day, November 15, 1983, Judge McIntyre finally rendered a decision dismissing the motion for a directed verdict. After briefly reviewing the case, he concluded:

The court does find that adequate evidence has been adduced to require the accused to meet the charges preferred.

In summary, then, Judge McIntyre's decision on the motion for a directed verdict was postponed nineteen times over a period of eleven months. For nine of those months, defence counsel raised no objection to the delay. On September 13, however, he at length demanded a decision. When that was not forthcoming, he insisted on withdrawal of the

juge McIntyre une requête concernant le délai et s'est vu promettre une décision pour le 30 septembre. Le 28 septembre toutefois, le juge a ordonné un nouvel ajournement au 14 octobre. En réponse à cela, l'avocat de la défense a de nouveau écrit à l'avocat de la poursuite le 29 septembre, pour lui demander de retirer les accusations portées contre l'appelant. Il se disait choqué d'apprendre que cette affaire avait été ajournée encore une fois, obligeant ainsi M. Rahey à comparaître pour la dix-neuvième fois. Il a donc soutenu que les procédures avaient duré trop longtemps, qu'elles avaient été totalement injustes pour l'accusé et qu'elles violaient ses droits constitutionnels. Il demandait donc à la poursuite de retirer les accusations. Cette demande a été réitérée le 19 octobre, après que le juge eut encore une fois ajourné les procédures, cette fois au 28 octobre. Le 24 octobre, la poursuite a répondu. Elle a refusé de retirer les accusations, mais a promis de demander un *mandamus* si une décision n'était pas rendue le 28 octobre. Lorsque les procédures ont de nouveau été ajournées au 18 novembre, l'avocat de la défense a écrit à la poursuite le 28 octobre et le 31 octobre pour lui demander encore une fois de retirer les accusations. La poursuite a plutôt déposé, le 1^{er} novembre, une requête en obtention d'un *mandamus* à présenter le 18 novembre. En réponse à cela, l'avocat de la défense a présenté le 14 novembre devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse une demande fondée sur l'al. 11(b) et le par. 24(1) de la *Charte* en vue d'obtenir le rejet des accusations.

Le jour suivant, le 15 novembre 1983, le juge McIntyre a finalement rendu une décision dans laquelle la requête en obtention d'un verdict imposé était rejetée. Après un bref examen de la preuve, il a conclu:

[TRADUCTION] La cour estime qu'on a présenté une preuve suffisante pour que l'accusé soit tenu de répondre aux accusations portées contre lui.

Alors en résumé, la décision du juge McIntyre sur la requête en verdict imposé a été reportée dix-neuf fois en onze mois. Pendant neuf de ces mois, l'avocat de la défense n'a soulevé aucune objection au retard. Le 13 septembre, toutefois, il a enfin demandé qu'une décision soit rendue. Comme la décision se faisait attendre, il a insisté

charges by the Crown, first on September 29 and then on October 19, October 28 and October 31. On November 14, with the Crown's mandamus application pending, the defence sought dismissal of the charges under s. 24(1) of the *Charter*. At issue was the delay from December 1982 to November 1983, created by Judge McIntyre's continuing failure to come to a decision.

The Courts Below

On an application for *Charter* review (1983), 9 C.C.C. (3d) 385, 61 N.S.R. (2d) 385, 133 A.P.R. 385, Glube C.J.T.D. found that she was a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24(1), since under the circumstances, it would not have been appropriate to apply to the Provincial Court judge. As she put it:

... generally, it is preferable for such applications to be made to the court hearing the matter but on the facts and circumstances of this case I find that this is a case of unusual or special circumstances, because of the delay in rendering the decision on the directed verdict, and it is appropriately before the Supreme Court of Nova Scotia.

She then turned to the question of unreasonable delay, which she assessed in light of the four factors set out in *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), namely the length of the delay, the reason for the delay, the accused's assertion of his right and prejudice to the accused. As to the length of the delay and the reasons for it, she held that, given the nature of the decision the trial judge had been asked to make, his delay was "shocking, inordinate and unconscionable". She noted that defence counsel had throughout the trial acted so as to expedite proceedings and his failure to object to all stages of the eleven-month delay should not operate to the detriment of the accused. She, therefore, accepted that the accused had adequately asserted his right. Finally she held that the judge's delay had seriously prejudiced the accused by impairing his ability to conduct his defence and to carry on business while under a continuing receivership. In her view, this was not a case for

pour que la poursuite retire les accusations, d'abord le 29 septembre, puis les 19, 28 et 31 octobre. Le 14 novembre, alors que le tribunal était saisi de la demande de *mandamus* de la poursuite, l'avocat de la défense a demandé le retrait des accusations en se fondant sur le par. 24(1) de la *Charte*. Ce qui était contesté était le temps que le juge McIntyre a pris, entre décembre 1982 et novembre 1983, pour arriver à une décision.

Les tribunaux d'instance inférieure

À la suite d'une demande d'examen fondée sur la *Charte* (1983), 9 C.C.C. (3d) 385, 61 N.S.R. (2d) 385, 133 A.P.R. 385, le juge en chef Glube de la Division de première instance a conclu qu'elle était un tribunal compétent au sens du par. 24(1) puisque, compte tenu des circonstances, il n'aurait pas été approprié de présenter la demande au juge de la Cour provinciale. Comme elle l'affirme:

[TRADUCTION] ... en règle générale, il est préférable que de telles demandes soient adressées au tribunal saisi de l'affaire, mais, étant donné les faits et les circonstances de la présente affaire, je conclus qu'il s'agit d'un cas inhabituel ou spécial en raison du temps pris pour prononcer la décision sur le verdict imposé, et c'est donc à juste titre que la demande a été présentée à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse.

Elle a ensuite examiné la question du délai déraisonnable en fonction des quatre facteurs énoncés dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), savoir la durée du délai, la raison du délai, la revendication par l'accusé de son droit et le préjudice qui lui est causé. En ce qui concerne la durée du délai et les raisons de celui-ci, elle a conclu que, compte tenu de la nature de la décision qu'on avait demandé au juge du procès de rendre, le délai était [TRADUCTION] «honteux, démesuré et déraisonnable». Elle a fait remarquer que l'avocat de la défense avait tout au long du procès agi de manière à accélérer les procédures et que son omission de s'opposer à toutes les étapes au cours du délai de onze mois ne devrait pas jouer au détriment de l'accusé. Par conséquent, elle a admis que l'accusé avait suffisamment fait valoir son droit. Finalement, elle a conclu que le délai causé par le juge avait nui gravement à l'accusé, tant sur le plan de sa capacité de présenter une défense que

simply expediting the trial. The only appropriate remedy in the circumstances, she thought, was to dismiss the charges, which she proceeded to do.

An appeal was then launched to the Nova Scotia Court of Appeal (1984), 13 C.C.C. (3d) 297, 63 N.S.R. (2d) 275, 141 A.P.R. 275, 11 C.R.R. 272. I should perhaps note that such an appeal would not lie by virtue of the *Charter*, for the reasons given by the majority of this Court in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. However, a Crown appeal lies under s. 605(1)(a) of the *Criminal Code* from any "judgment or verdict of acquittal", which would cover the present situation; see *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128.

After finding that Glube C.J.T.D. was a court of competent jurisdiction, MacKeigan C.J.N.S. (with whom Jones, Morrison, Macdonald and Pace J.J.A. concurred) himself assessed the reasonableness of Judge McIntyre's delay in light of the four factors set out in *Barker v. Wingo*, *supra*. He agreed that the judge had been disgracefully slow in making up his mind. He found, however, that the evidence of prejudice was insubstantial and entirely speculative:

The record and the representations made by the respondent at trial and on appeal do not reveal what witnesses might now be called or what kind of evidence they might have given which might now be affected by weakening of memory. I can find no evidence of any real or concrete prejudice having been suffered or likely to be suffered

Accordingly, he allowed the appeal and directed the trial to proceed, without considering the question of waiver.

Jurisdiction

I turn first to the preliminary question of Glube C.J.T.D.'s jurisdiction. As I indicated in *Mills*, *supra*, I share the view of my colleagues that as

sur celui de sa capacité d'exploiter son commerce pendant la durée du séquestre. À son avis, il ne s'agissait pas d'un cas où il convenait simplement d'accélérer le procès. Selon le juge en chef Glube, a la seule réparation convenable eu égard aux circonstances consistait à rejeter les accusations, ce qu'elle a fait.

Un appel a alors été interjeté devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1984), 13 C.C.C. (3d) 297, 63 N.S.R. (2d) 275, 141 A.P.R. 275, 11 C.R.R. 272. Je devrais peut-être souligner qu'il n'y aurait pas de droit d'appel en vertu de la *Charte* pour les motifs donnés par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. Toutefois, en vertu de l'al. 605(1)a) du *Code criminel*, le ministère public peut interjeter appel contre tout «jugement ou verdict d'acquiescement», ce qui s'appliquerait à la présente situation: voir *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128.

Après avoir conclu que le juge en chef Glube constituait un tribunal compétent, le juge en chef MacKeigan de la Nouvelle-Écosse (à l'avis duquel e ont souscrit les juges Jones, Morrison, Macdonald et Pace) a évalué lui-même le caractère raisonnable du délai causé par le juge McIntyre en fonction des quatre facteurs énoncés dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, précité. Il a convenu que le juge avait été scandaleusement lent à arriver à une conclusion. Toutefois, il a conclu que la preuve de l'existence d'un préjudice n'était pas substantielle et revêtait un caractère purement spéculatif:

[TRADUCTION] Ni le dossier ni les observations faites par l'intimé au procès et en appel ne révèlent quels témoins pourraient maintenant être cités ou quelle sorte de témoignages ils auraient pu donner qui risqueraient maintenant d'être compromis par des trous de mémoire. h Je ne puis voir aucune preuve [qu'on] a subi ou subira vraisemblablement un préjudice réel ou concret . . .

Par conséquent, le juge en chef MacKeigan a accueilli l'appel et a ordonné que le procès suive son cours sans examiner la question de la renonciation. i

Compétence

Il convient en premier lieu d'examiner la question préliminaire de la compétence du juge en chef Glube. Comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *Mills*,

much as possible issues of unreasonable delay should be dealt with by the trial judge. The trial judge is, after all, in the best position to explore all the circumstances of the delay, and has at his or her disposal the fullest range of criminal remedies, including, for example, a reduction in sentence.

But as I also indicated in *Mills*, there must at all times be a court of competent jurisdiction to which resort can be had to determine whether an accused's constitutional right to be tried within a reasonable time has been infringed. Just as there can be no right without a remedy, so there can be no remedy without a court to enforce it effectively. Consequently, whenever there is no other court seized with the proceedings, or where the court so seized is unable to provide an effective remedy, the superior court of the province may exercise jurisdiction. Clearly this is such a case. The complaint here is directed at the delay of the trial judge himself, so his capacity to consider what remedy is appropriate and just in the circumstances is obviously impaired.

In *Mills*, I also noted that since the trial judge is, as a rule, in the best position to deal with questions of unreasonable delay, the superior court judge should ordinarily confine his or her jurisdiction to remedying existing delays, and not attempt to remedy past delays. In exceptional cases, however, the nature of a delay will be such as to call for an end to the proceedings. Again, the trial judge's involvement in the delay may make it inappropriate for him to deal with it. In such cases it will not only be proper, but essential for the superior court judge to grant a remedy if the rights guaranteed by the *Charter* are to be fully protected.

In this case it could perhaps be argued, though the Crown did not choose to do so, that Glube C.J.T.D. ought not to have exercised her discretion to grant a *Charter* remedy once Judge McIntyre had finally rendered his decision. It seems to me that there are two answers to this. First, after

précité, je fais mienne l'opinion de mes collègues que, dans la mesure du possible, les questions de délais déraisonnables devraient être traitées par le juge du procès. Après tout, celui-ci est mieux en mesure d'examiner toutes les circonstances du délai et dispose de la gamme la plus étendue de réparations en matière criminelle, y compris, par exemple, la réduction de la peine.

Toutefois, comme je l'ai également indiqué dans l'arrêt *Mills*, il doit toujours y avoir un tribunal compétent auquel on peut s'adresser pour déterminer s'il y a eu violation du droit constitutionnel d'un accusé d'être jugé dans un délai raisonnable. Tout comme il ne peut y avoir de droit sans réparation, il ne peut y avoir de réparation sans tribunal pour l'appliquer de manière efficace. Par conséquent, lorsqu'aucun autre tribunal n'est saisi de l'affaire ou lorsque le tribunal ainsi saisi n'est pas en mesure d'accorder une réparation efficace, la cour supérieure de la province peut exercer sa compétence. De toute évidence, tel est le cas en l'espèce. La plainte vise ici le délai causé par le juge du procès lui-même, de sorte que sa capacité d'évaluer la réparation juste et convenable dans les circonstances est de toute évidence diminuée.

Dans l'arrêt *Mills*, j'ai également souligné que, puisque le juge du procès est, en règle générale, mieux placé pour traiter des questions de délais déraisonnables, le juge d'une cour supérieure devrait habituellement limiter sa compétence à la réparation des délais existants et ne pas tenter de remédier à des délais antérieurs. Toutefois, dans des cas exceptionnels, le délai est de nature à commander l'interruption des procédures. Encore une fois, le rôle du juge du procès en ce qui a trait au délai peut faire en sorte qu'il ne soit pas convenable pour lui d'en traiter. Dans de tels cas, il est non seulement convenable mais essentiel que le juge de la cour supérieure accorde une réparation si l'on veut que les droits garantis par la *Charte* soient entièrement protégés.

En l'espèce, on pourrait peut-être soutenir, bien que la poursuite n'ait pas choisi de le faire, que le juge en chef Glube n'aurait pas dû exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation en vertu de la *Charte* après que le juge McIntyre eut finalement rendu sa décision. Il me semble y

nineteen adjournments, it may well be that the accused's rights were infringed to such a degree that they could only be remedied by dismissal of the charges, as in fact Glube C.J.T.D. found to be the case. Second, and more critically, when the trial judge was himself not merely implicated, but entirely responsible for the alleged breach of the accused's constitutional right, it would have been utterly inappropriate for him to have sat as a judge in what was in effect his own cause. In my view, therefore, Glube C.J.T.D. quite properly exercised her discretion to grant a remedy under s. 24(1), notwithstanding the fact that the delay complained of was no longer ongoing.

Nor do I think that the appellant's capacity to seek a *Charter* remedy from the superior court ought to have been limited by the fact that the injury of which he complained might also have been redressed by an order for mandamus against the trial judge. In general, there is no reason why an accused should be barred from appropriate constitutional relief by the existence of a prerogative writ. Mandamus is by definition a limited remedy, and therefore too narrow a recourse for a person who believes that his *Charter* rights have been infringed and that he is accordingly entitled to the full range of remedies provided by s. 24(1). Furthermore if, as I have indicated, the accused's rights had arguably been infringed to such a degree that they could only be remedied by dismissal of the charges, mandamus would not only be an overly narrow remedy, but an inappropriate one.

While, therefore, the accused's failure to seek either mandamus or a *Charter* remedy at an earlier stage may ultimately have a bearing on the question of his consent or acquiescence to the delay, it could not make it improper for the superior court judge to exercise her discretion to offer relief under s. 24(1) of the *Charter*.

avoir deux réponses à cela. D'abord, après dix-neuf ajournements, il se peut bien que les droits de l'accusé aient été violés au point qu'il ne soit possible de remédier à cette situation que par le retrait des accusations, comme l'a conclu en fait le juge en chef Glube. Ensuite, et qui plus est, alors que le juge du procès était lui-même non seulement mêlé à la violation alléguée du droit constitutionnel de l'accusé mais entièrement responsable de celle-ci, il aurait été tout à fait mal à propos pour lui de siéger à titre de juge dans ce qui en fait était sa propre cause. Par conséquent, je suis d'avis que c'est tout à fait à bon droit que le juge en chef Glube a exercé son pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation aux termes du par. 24(1), malgré le fait que le délai reproché n'existait plus.

Je ne crois pas non plus que la capacité de l'appellant de chercher à obtenir de la cour supérieure une réparation aux termes de la *Charte* aurait dû être limitée par le fait qu'il aurait été possible de remédier au préjudice dont il se plaignait au moyen d'une ordonnance de *mandamus* contre le juge du procès. En général, il n'y a aucune raison pour laquelle l'existence d'un bref de prérogative devrait empêcher un accusé d'obtenir une réparation constitutionnelle convenable. Le *mandamus* est par définition une mesure de redressement limitée et constitue donc un recours trop restreint pour une personne qui croit qu'il y a eu atteinte aux droits que lui garantit la *Charte* et qui, en conséquence, a droit à toute la gamme de réparations que prévoit le par. 24(1). En outre, si, comme je l'ai indiqué, les droits de l'accusé avaient été violés au point qu'il ne soit possible d'y remédier que par le retrait des accusations, le *mandamus* constituerait un redressement non seulement trop restreint mais tout à fait mal choisi.

Par conséquent, bien que le défaut de l'accusé de chercher à obtenir un *mandamus* ou une réparation prévue par la *Charte* à une étape antérieure puisse en fin de compte avoir une importance à l'égard de la question de son consentement ou de son acquiescement au retard, il n'était pas déplacé pour le juge de la cour supérieure d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'offrir une réparation aux termes du par. 24(1) de la *Charte*.

The Scope of s. 11(b)

Section 11(b) of the *Charter* guarantees to any person charged with an offence the right "to be tried within a reasonable time". A preliminary question, raised in the Court of Appeal but not addressed by the respondent here, is whether that right is merely a right to be brought to trial within a reasonable time, or whether the right extends to the trial itself and thus ensures that a decision is rendered promptly. The former interpretation identifies s. 11(b) with pretrial interests and would leave the protection of an accused's position at trial to other provisions of the *Charter*, such as s. 11(d) which requires a fair hearing. The latter interpretation, on the other hand, is based on a less compartmentalized view of the *Charter*, one that accepts a possible overlap between questions of delay and a fair trial, as well as on a practical recognition that any impairment of an accused's interests created by delay ends not with trial but with judgment. As Brennan J. put it in *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970), at p. 45, note 7:

At whatever point delay . . . occurs, the accused can suffer the penalties and disabilities of a prolonged prosecution. His stock of emotional and financial resources continues to be spent. His capacity to defend himself may be undermined.

It seems to me that any ambiguity in the English text of the *Charter* in this regard is resolved by the language of the French version, which reads:

11. Tout inculpé a le droit:

b) d'être jugé dans un délai raisonnable; [Emphasis added.]

While "jugé" can mean "tried" as well as "judged", it does not mean "tried" in the sense of "brought to trial", which would be more properly expressed as "*subir son procès*". Rather, it means "tried" in the sense of "adjudicated" and thus clearly encompasses the conduct of a judge in rendering a decision.

La portée de l'al. 11b)

L'alinéa 11b) de la *Charte* garantit à tout inculpé le droit «d'être jugé dans un délai raisonnable». Une question préliminaire, soulevée devant la Cour d'appel, mais qui n'a pas été abordée par l'intimée en l'espèce, est de savoir si ce droit est simplement le droit d'être cité à procès dans un délai raisonnable ou si le droit vise le procès lui-même et a ainsi pour effet d'assurer qu'une décision soit rendue rapidement. Selon la première interprétation, l'al. 11b) est associé aux intérêts antérieurs au procès et la protection de la position de l'accusé au procès relèverait d'autres dispositions de la *Charte*, comme l'al. 11d) qui exige la tenue d'un procès équitable. Par contre, la dernière interprétation est fondée sur une analyse moins compartimentée de la *Charte*, qui admet un chevauchement possible entre les questions de délai et de procès équitable, de même que sur une reconnaissance pratique du fait que toute atteinte aux intérêts d'un accusé engendrée par un délai se termine non pas avec le procès mais avec la décision. Comme le juge Brennan l'affirme dans *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970), à la p. 45, note 7:

[TRADUCTION] Quel que soit le moment où le retard [...] se produit, l'accusé peut subir les peines et les désavantages d'une poursuite prolongée. Il continue de puiser dans ses réserves de ressources émotionnelles et financières. Sa capacité de se défendre lui-même peut être diminuée.

Il me semble que toute ambiguïté dans le texte anglais de la *Charte* à cet égard est écartée par la version française dont voici le texte:

11. Tout inculpé a le droit:

b) d'être jugé dans un délai raisonnable; [C'est moi qui souligne.]

Bien que le terme «jugé» puisse signifier en anglais «tried» de même que «judged», il ne signifie pas «tried» dans le sens de «brought to trial», qui correspondrait plus justement à l'expression «subir son procès». Il signifie plutôt en anglais «tried» dans le sens de «adjudicated» et vise donc clairement la conduite adoptée par un juge en rendant sa décision.

Some support for this conclusion may be found in the decision of the European Court of Human Rights in *Wemhoff*, judgment of 27 June 1968, Series A, No. 7. Article 5(3) of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222, provides, in the English version, that "everyone arrested or detained . . . shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial". Like the *Charter*, the French version of the convention expresses this right by means of the word "jugée", which in *Wemhoff* the European Court interpreted as referring to the termination of the trial. It concluded, therefore, that the protection offered by the section extended to "the whole of the proceedings before the court, not just their beginning" (p. 23).

Quite apart from what may be gleaned from a parsing of the language of s. 11(b) and analogous provisions, however, it seems obvious to me that the courts, as custodians of the principles enshrined in the *Charter*, must themselves be subject to *Charter* scrutiny in the administration of their duties. In my view, the fact that the delay in this case was caused by the judge himself makes it all the more unacceptable both to the accused and to society in general. It would be cold comfort to an accused to be brought promptly to trial if the trial itself might be indefinitely prolonged by the judge. The question of delay must be open to assessment at all stages of a criminal proceeding, from the laying of the charge to the rendering of judgment at trial. It was quite proper, therefore, for Glube C.J.T.D. to consider whether Judge McIntyre's decision was given within a reasonable time. It is unnecessary to say anything here about pre-charge delay or delay on appeal.

I should perhaps add that I agree with the point made by Wilson J. in *Mills* that it is essential to distinguish between the impairment of an accused's interests that flows from the charge itself, and the impairment that may flow from delay in the prosecution of that charge. To the extent that lapse of time between the laying of a charge and the rendering of judgment is genuinely

Cette conclusion est appuyée jusqu'à un certain point par la décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire «*Wemhoff*», arrêt du 27 juin 1968, série A, n° 7. Le paragraphe 5(3) de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223, prévoit que «Toute personne arrêtée ou détenue [...] a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure.» Comme la *Charte*, la version française de la Convention exprime ce droit au moyen du terme «jugée», que la Cour européenne a interprété dans l'arrêt *Wemhoff* comme désignant l'issue du procès. Elle a donc conclu que la protection offerte par cette disposition visait «le procès et non pas le début du procès» (p. 23).

Outre ce qui peut se dégager d'une analyse grammaticale du texte de l'al. 11(b) et des dispositions analogues, il me semble toutefois évident que les tribunaux, à titre de gardiens des principes enchâssés dans la *Charte*, doivent eux-mêmes être assujettis à l'examen que prévoit la *Charte* dans l'exécution de leurs fonctions. À mon avis, le fait que le délai en l'espèce a été causé par le juge lui-même le rend encore plus inacceptable à la fois pour l'accusé et pour la société en général. Le fait d'être cité rapidement à son procès constituerait une maigre consolation pour un accusé si le procès lui-même pouvait être prolongé indéfiniment par le juge. La question du délai doit pouvoir être évaluée à tous les stades d'une instance criminelle, depuis le dépôt de l'accusation jusqu'au prononcé du jugement au procès. Il était donc tout à fait convenable que le juge en chef Glube examine la question de savoir si la décision du juge McIntyre avait été rendue dans un délai raisonnable. Il n'est pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit au sujet du délai antérieur à l'accusation ou du délai en appel.

Je devrais peut-être ajouter que je fais mienne l'opinion du juge Wilson dans l'arrêt *Mills* selon laquelle il est essentiel d'établir une distinction entre l'atteinte aux intérêts de l'accusé qui découle de l'accusation elle-même et l'atteinte qui peut découler du temps pris pour instruire cette accusation. Dans la mesure où le délai entre l'inculpation et le prononcé du jugement ne peut pas vraiment

unavoidable it can be said to arise purely from the fact of the charge. In such a case, there can by definition be no question of unreasonable delay since it could not have been reduced without abandoning the prosecution. Any prejudice suffered by the accused during that period, grievous though it may be, is a function of the charge. It is not a function of delay, and therefore cannot be redressed under s. 11(b). In analyzing any s. 11(b) claim, therefore, one must overlook the lapse of time inherent in the case, together with any resulting inconvenience to the accused. It need hardly be said, of course, that the courts, bound as they are to uphold the right of the accused to trial within a reasonable time, must carefully scrutinize any lapse of time that is alleged to be, or to have been, unavoidable.

Interrelationship of Right and Remedy

There is nothing novel about the notion of trial within a reasonable time. Indeed it is one of the oldest of our legal rights, albeit traditionally one of the least adequately protected. Its genesis goes back to at least *Magna Carta* in 1215, under the fortieth article of which King John made the following undertaking:

To none will we sell, to none will we deny, or delay, right or justice. [Emphasis added.]

That promise was repeated ten years later by King John's son, Henry III, in the words now found near the beginning of the English statute books:

We will sell to no man, we will not deny, or defer, to any man, either Justice or Right. (9 Hen. III, c. 29, s. 2) [Emphasis added.]

The great defect of *Magna Carta*, however, lay in its failure to provide adequate mechanisms for the enforcement of the rights it purported to guarantee. The only redress it established for breach of its terms was a right to seize the King's possessions, a remedy obviously of little use to secure trial within a reasonable time. In practice the most effective means of enforcing the right to speedy trial guaranteed by *Magna Carta* was the common law writ of *habeas corpus*, but that remedy too, even as improved by the *Habeas Corpus Act* of

être évité, on peut dire qu'il découle simplement du fait de l'accusation. Dans un tel cas, il ne peut par définition être question de délai déraisonnable puisqu'il n'aurait pu être réduit sans abandonner la poursuite. Tout préjudice subi par l'accusé au cours de cette période, quelque grave qu'il puisse être, est fonction de l'accusation. Il ne dépend pas du délai et par conséquent on ne peut y remédier aux termes de l'al. 11b). Dans l'analyse de toute demande fondée sur l'al. 11b), il faut donc faire abstraction du délai inhérent à l'affaire, ainsi que de tout inconvénient qui en découle pour l'accusé. Il va de soi évidemment que les tribunaux, qui sont tenus de maintenir le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable doivent examiner soigneusement tout délai qui, allègue-t-on, est ou était inévitable.

Corrélation entre le droit et la réparation

Le concept de la tenue d'un procès dans un délai raisonnable est loin d'être nouveau. En fait, il s'agit de l'un de nos plus anciens droits garantis par la loi, quoique traditionnellement il s'agisse de l'un de ceux qui sont protégés le moins adéquatement. Ses origines remontent au moins à la *Magna Carta* de 1215, dans laquelle, à l'article 40, le roi Jean a pris l'engagement suivant:

[TRADUCTION] À aucun nous ne vendrons, à aucun nous ne refuserons ni différerons droit ou justice. [C'est moi qui souligne.]

Cette promesse a été réitérée dix ans plus tard par le fils du roi Jean, Henri III, dans les termes qui se trouvent maintenant dans les premiers recueils de lois anglaises:

[TRADUCTION] La justice ou le droit ne sera ni vendu, ni interdit, ni différé à l'égard de personne. (9 Hen. III, chap. 29, art. 2) [C'est moi qui souligne.]

Toutefois le grand défaut de la *Magna Carta* réside dans le fait qu'elle ne prévoit pas de mécanismes adéquats pour appliquer les droits qu'elle est censée garantir. Le seul redressement qu'elle établissait pour la violation de ses conditions était le droit de saisir les possessions du Roi, un recours qui, il va sans dire, est de peu d'utilité pour assurer la tenue d'un procès dans un délai raisonnable. En pratique, le moyen le plus efficace pour appliquer le droit à un procès sans délai garanti par la *Magna Carta* était le bref d'*habeas corpus* de

1679, 31 Cha. II., c. 2 (Engl.), has serious limitations as a remedy for ensuring trial within a reasonable time. It applies only to what are today indictable offences and only to an accused who has been imprisoned. It places a burden on the accused to insist on his right, and it does no more than guarantee him either release on bail or, ultimately, discharge without prejudice to the Crown's right to lay another information. In sum, it really guarantees liberty rather than a speedy trial, as the title of the Nova Scotia Act preserving the writ makes clear; see *Liberty of the Subject Act*, R.S.N.S. 1967, c. 164. The writ does nothing to prevent a trial from being indefinitely delayed as long as the accused is at liberty.

The broad guarantee of *Magna Carta* has also been given life through the *Criminal Code*, which creates certain mechanisms to ensure that trials proceed within a reasonable time. Thus in s. 738(1) of the *Code*, the relevant provision here, provides that once trial has begun no adjournment of more than eight days may take place without the consent of both parties. In theory, then, by refusing to consent an accused can at least ensure that his trial is never delayed more than eight days at a time.

In practice, however, an accused's consent to delay may be merely *pro forma*. Where, as in this case, an adjournment is sought by a judge who has before him the accused's motion for a directed verdict, the accused in fact has little choice but to agree. Thus quite apart from any problem of multiple adjournments, the *Criminal Code* provision fails to ensure that a given adjournment will not give rise to an unreasonable delay. Like *habeas corpus* it does not match the promise made by *Magna Carta*.

Broad then as has been the common law's statement of the right to trial within a reasonable time, the remedies available for its breach of that right are often unsatisfactory, so much so that the right has in practice been left largely unprotected.

common law, mais ce recours, même amélioré par l'*Habeas Corpus Act* de 1679, 31 Cha. II, chap. 2 (Angl.), comportait également de graves restrictions en tant que recours visant à garantir la tenue d'un procès dans un délai raisonnable. Il ne s'applique qu'à ce qui constitue aujourd'hui des actes criminels et seulement à un accusé qui a été incarcéré. En vertu de ce bref, il incombe à l'accusé de faire valoir son droit et il ne fait rien de plus que lui garantir la mise en liberté sous caution ou, en fin de compte, la libération sous toutes réserves du droit de la poursuite de déposer une autre dénonciation. Somme toute, il garantit vraiment la liberté plutôt que la tenue d'un procès sans délai, comme l'indique clairement le titre de la loi de la Nouvelle-Écosse qui maintient le bref; voir *Liberty of the Subject Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 164. Le bref ne fait rien pour empêcher qu'un procès soit retardé indéfiniment dans la mesure où l'accusé est en liberté.

La garantie générale de la *Magna Carta* se retrouve également dans le *Code criminel* qui crée certains mécanismes visant à assurer que les procès se déroulent dans un délai raisonnable. Ainsi, le par. 738(1) du *Code*, la disposition pertinente en l'espèce, prévoit qu'une fois le procès commencé, il ne peut y avoir d'ajournement de plus de huit jours sans le consentement des deux parties. Théoriquement alors, en refusant de consentir, un accusé peut au moins assurer que son procès ne sera jamais retardé pour plus de huit jours à la fois.

Mais en pratique, le consentement de l'accusé au délai peut simplement être *pro forma*. Lorsque, comme en l'espèce, l'ajournement est demandé par un juge qui a devant lui une requête de l'accusé en obtention d'un verdict imposé, l'accusé n'a en fait d'autre choix que d'accepter. Ainsi, outre le problème des ajournements multiples, la disposition du *Code criminel* ne garantit pas qu'un ajournement donné n'engendrera pas un délai déraisonnable. Comme l'*habeas corpus*, elle ne vaut pas la promesse faite dans la *Magna Carta*.

Aussi général que puisse être l'énoncé de la *common law* en ce qui a trait au droit d'être jugé dans un délai raisonnable, les formes de réparation qui peuvent être obtenues pour la violation de ce droit sont souvent insatisfaisantes dans la mesure

Indeed some courts have gone so far as to suggest that no right to trial within a reasonable time existed at common law; see *R. v. Cameron*, [1982] 6 W.W.R. 270 (Alta. Q.B.), at p. 272.

What sets the *Charter* apart from this tradition is not solely its constitutional expression of the right, a right known to the common law, after all, for more than 750 years, but also the broad and flexible nature of the remedy it provides for its breach. In other words, it is not only the fact that the right is constitutionally enshrined that requires us to look at it afresh, but that it is reaffirmed in the context of an entirely novel procedural mechanism, one which was obviously intended to be used with flexibility and imagination. Courts, therefore, can no longer treat existing remedies as defining the scope of the right. In effect the *Charter* places the guarantee of trial within a reasonable time in a procedural context that empowers the courts to give full meaning to it for the first time.

In attempting to meet this particular challenge, courts can, in my view, derive little support from American jurisprudence, whose usefulness in this specific area is limited by its own restricted view of the remedy available for a delayed trial. The Sixth Amendment to the United States Constitution, drawing on English traditions (see *Klopfers v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967), at pp. 223-25), provides that "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial". That right has been clearly and persuasively articulated in the United States Supreme Court, first by Brennan J., concurring in *Dickey v. Florida*, *supra*, and subsequently and somewhat differently by Powell J. writing for the whole Court in *Barker v. Wingo*, *supra*. In the latter case the court identified four factors to be assessed in determining whether the right to a speedy trial had been breached: length of the

où le droit a, en pratique, été largement laissé sans protection. En fait, certains tribunaux sont même allés jusqu'à laisser entendre que la *common law* ne prévoit aucun droit de subir son procès dans un délai raisonnable; voir *R. v. Cameron*, [1982] 6 W.W.R. 270 (B.R. Alb.), à la p. 272.

Ce qui distingue la *Charte* de cette tradition, c'est non seulement l'expression constitutionnelle du droit, un droit qui, après tout, est connu en *common law* depuis plus de 750 ans, mais également la nature générale et souple de la réparation qu'elle prévoit pour sa violation. En d'autres termes, c'est non seulement le fait que le droit est enchâssé dans la Constitution qui nous oblige à l'examiner à nouveau, mais c'est qu'il a été réaffirmé dans le contexte d'un mécanisme de procédure entièrement nouveau, qui était évidemment destiné à être utilisé avec souplesse et imagination. Par conséquent, les tribunaux ne peuvent plus considérer que les formes de réparation existantes définissent la portée du droit. En effet, la *Charte* situe la garantie de la tenue d'un procès dans un délai raisonnable dans un contexte de procédure qui permet aux tribunaux de lui donner tout son sens pour la première fois.

En tentant de relever ce défi particulier, les tribunaux ne peuvent, à mon avis, tirer que peu d'appui de la jurisprudence américaine dont l'utilité dans ce domaine précis est limitée par son opinion restreinte du redressement disponible dans le cas d'un procès retardé. Le Sixième amendement de la Constitution des États-Unis qui s'inspire des traditions anglaises (voir *Klopfers v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967), aux pp. 223 à 225), prévoit que [TRADUCTION] «Dans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura droit à un jugement prompt et public». Ce droit a été énoncé de manière claire et persuasive par la Cour suprême des États-Unis, d'abord par le juge Brennan, dans les motifs concordants qu'il a rédigés dans l'arrêt *Dickey v. Florida*, précité, et par la suite d'une manière quelque peu différente par le juge Powell qui a rédigé l'opinion de toute la Cour dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, précité. Dans ce dernier arrêt, la cour a identifié quatre facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu violation du droit d'être jugé avec célérité: la

delay, reason for the delay, the accused's assertion of his right and prejudice to the accused (p. 530).

The *Barker v. Wingo* approach has found considerable favour with many Canadian courts confronted with the task of applying s. 11(b), including the Nova Scotia Court of Appeal in this case. And I agree that the work done by the American courts in isolating the factors to be taken into account in determining whether a delay is unreasonable is of assistance. I would underline, however, that these factors should not be approached from a catechetical standpoint. The court in *Barker v. Wingo* simply set these factors as among the more important in assessing the reasonableness of the delay. I agree with this. Whether something is reasonable or unreasonable must always depend on all the circumstances.

There is, however, another matter that should be emphasized in assessing the American experience to which, in my view, some of our courts have not had sufficient regard, namely, the remedial context in which the United States Supreme Court defined the right to a speedy trial. In *Barker* itself the court stressed that dismissal of the charge was the "only possible remedy" for a trial unreasonably delayed (p. 522), a point it reaffirmed a year later in *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973), at p. 440. In doing so it necessarily allowed its perception of the appropriate remedy to shape its views of the nature of the right, and more or less ensured that the lower courts would take a hostile approach to it. Few judges relish the prospect of unleashing dangerous criminals on the public. As Professor Amsterdam notes:

... the specter of immunizing, of "turning loose", persons proved guilty of serious criminal offenses has been thoroughly repugnant to judges, and they have accordingly held that shockingly long delays do not "violate" the sixth amendment. The amendment has thereby been twisted totally out of shape—distorted from a guarantee that all accuseds will receive a speedy trial into a

durée du délai, la raison du délai, la revendication par l'accusé de son droit et le préjudice qui lui est causé (p. 530).

Le point de vue adopté dans l'arrêt *Barker v. Wingo* a été largement appuyé par un grand nombre de tribunaux canadiens qui étaient appelés à appliquer l'al. 11(b), y compris la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse en l'espèce. Je reconnais que le travail accompli par les tribunaux américains pour dégager les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si un délai est déraisonnable peut être utile. Toutefois, je tiens à souligner qu'il ne faut pas considérer que ces facteurs sont exhaustifs. La cour dans l'arrêt *Barker v. Wingo* a simplement énoncé ces facteurs comme étant parmi les plus importants pour évaluer le caractère raisonnable du délai. Je suis d'accord avec cette façon de procéder. La question de savoir si une chose est raisonnable ou déraisonnable doit toujours dépendre de toutes les circonstances.

Toutefois, il y a un autre point sur lequel on devrait insister en évaluant l'expérience américaine dont, à mon avis, certains de nos tribunaux n'ont pas suffisamment tenu compte, savoir, le contexte de réparation dans lequel la Cour suprême des États-Unis a défini le droit à la tenue d'un procès sans délai. Dans l'arrêt *Barker* lui-même, la cour a souligné que le rejet de l'accusation constituait [TRADUCTION] «la seule réparation possible» dans le cas d'un procès qui avait été retardé de manière déraisonnable (p. 522), ce qu'elle a affirmé de nouveau un an plus tard dans l'arrêt *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973), à la p. 440. Ce faisant, elle a nécessairement permis que sa perception de la réparation convenable façonne son opinion quant à la nature du droit et a plus ou moins assuré que les tribunaux d'instance inférieure adoptent une position hostile à son égard. L'idée que de dangereux criminels soient remis en liberté sourit à peu de juges. Comme l'a souligné le professeur Amsterdam:

[TRADUCTION] ... l'idée que des personnes déclarées coupables d'actes criminels graves puissent se voir accorder l'immunité ou être remises en liberté répugne tout à fait aux juges et ceux-ci ont, en conséquence, jugé que des délais scandaleusement longs ne portaient pas «atteinte» au Sixième amendement. L'amendement a donc été complètement déformé et dénaturé en le faisant

windfall benefit of criminal immunity for a very few accuseds in whose cases the pandemic failure of our courts to provide speedy trials has attained peculiarly outrageous proportions.

(See Anthony G. Amsterdam, "Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies" (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525, at p. 539.)

Amsterdam's views have been endorsed in this country by Professor Hogg; see Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 764.

The record of the United States Supreme Court itself does nothing to diminish such concerns. In *Barker* the court countenanced a five-year delay, and in *United States v. Loud Hawk*, 106 S. Ct. 648 (1986), it supported a seven and a half-year delay. In practice such results make the right meaningless to most accused.

The concern of judges in this regard has been echoed by academics, who have suggested their own means of restricting the right. As one writer reasons:

The danger that guilty men will be unconditionally released into society is a spectre that cannot lightly be dismissed. Society is justified in seeking some assurance that its legitimate interest in bringing the guilty to justice is not unduly subverted. Therefore, the courts can justifiably place some limitation upon the individual's right to be protected against avoidable delays in the criminal process.

(See Alan A. Schneider, "The Right to a Speedy Trial" (1968), 20 *Stan. L. Rev.* 476, at p. 498.)

He goes on to suggest that no delay be found unconstitutional unless it has created a reasonable possibility of prejudice to the accused; see also Note, "Dismissal of the Indictment as a Remedy for Denial of the Right to Speedy Trial" (1955), 64 *Yale L.J.* 1208, at p. 1211.

Why we should follow American precedents, when these have led judges to avoid redressing unreasonable delay and scholars to scurry to find

passer d'une garantie que tous les accusés seront jugés avec célérité, à une aubaine en matière d'immunité criminelle pour quelques rares accusés à l'égard desquels le défaut universel de nos tribunaux d'assurer la tenue de procès sans délai a atteint des proportions particulièrement alarmantes.

(Voir Anthony G. Amsterdam, «Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies» (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525, à la p. 539.)

Le point de vue du professeur Amsterdam a été adopté au Canada par le professeur Hogg; voir Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), à la p. 764.

Les résultats obtenus en Cour suprême des États-Unis ne diminuent en rien ces préoccupations. Dans l'arrêt *Barker*, la cour a approuvé un délai de cinq ans et, dans *United States v. Loud Hawk*, 106 S. Ct. 648 (1986), elle en a approuvé un de sept ans et demi. En pratique, de tels résultats font que le droit perd tout son sens pour la plupart des accusés.

La préoccupation des juges à cet égard a été reprise par les juristes, qui ont proposé leurs propres moyens pour limiter le droit. Voici ce qu'un auteur dit à ce sujet:

[TRADUCTION] Le danger que des coupables soient libérés inconditionnellement dans la société est une possibilité qui ne peut être écartée à la légère. La société est justifiée de chercher à obtenir une certaine assurance que son intérêt légitime à ce que les coupables comparaissent en justice ne soit pas indûment contourné. Par conséquent, les tribunaux sont justifiés d'établir certaines restrictions au droit du particulier d'être protégé contre des délais qui peuvent être évités dans les procédures criminelles.

(Voir Alan A. Schneider, «The Right to a Speedy Trial» (1968), 20 *Stan. L. Rev.* 476, à la p. 498.)

Il propose également qu'aucun délai ne soit jugé inconstitutionnel à moins d'avoir engendré une possibilité raisonnable de préjudice envers l'accusé; voir également Note, «Dismissal of the Indictment as a Remedy for Denial of the Right to Speedy Trial» (1955), 64 *Yale L.J.* 1208, à la p. 1211.

Je ne comprends pas pourquoi nous devrions suivre les précédents américains alors que ceux-ci ont amené les juges à éviter de corriger des délais

ways of limiting the application of the only remedy there, I fail to understand, particularly when the *Charter* expressly provides a flexible remedy to avoid these consequences. While it is natural and even desirable for Canadian courts to refer to American constitutional jurisprudence in seeking to elucidate the meaning of *Charter* guarantees that have counterparts in the United States Constitution, they should be wary of drawing too ready a parallel between constitutions born to different countries in different ages and in very different circumstances, particularly given the substantive implications of both s. 1 and s. 24(1) of the *Charter*. Canadian legal thought has at many points in the past deferred to that of the British; the *Charter* will be no sign of our national maturity if it simply becomes an excuse for adopting another intellectual mentor. American jurisprudence, like the British, must be viewed as a tool, not as a master.

As I indicated in *Mills* (pp. 973-76), I do not share the view that there can be only one remedy for an accused whose trial has not been held within a reasonable time. Reasonableness is a flexible concept, and a delay may be more or less unreasonable having regard to all the circumstances. So the remedy must be adjusted accordingly. I cannot accept that delays may be adjudged to be wholly reasonable one day, so as to deprive an accused of any remedy under the *Charter*, and wholly unreasonable the next, so that the trial must be aborted. The mandate given the courts under s. 24(1) of the *Charter* is to provide a remedy for delay that is appropriate and just in the circumstances. That mandate is inconsistent with the notion that in the criminal context there can be only one remedy for a breach of s. 11(b). This was the view of the majority in *Mills*. For McIntyre J., speaking for Beetz and Chouinard JJ., as well, had this to say

déraisonnables et les juristes à se précipiter pour trouver des moyens de restreindre l'application de la seule réparation qui existe, particulièrement lorsque la *Charte* prévoit expressément une réparation souple pour éviter ces conséquences. Bien qu'il soit naturel et même souhaitable que les tribunaux canadiens renvoient à la jurisprudence constitutionnelle américaine pour chercher à dégager le sens des garanties prévues par la *Charte* qui ont leurs équivalents dans la Constitution des États-Unis, ils devraient prendre soin de ne pas établir trop rapidement un parallèle entre des constitutions établies dans des pays différents à des époques différentes et dans des circonstances très différentes, compte tenu particulièrement des répercussions importantes de l'article premier et du par. 24(1) de la *Charte*. La pensée juridique canadienne s'est fondée à maintes reprises dans le passé sur celle des Britanniques; la *Charte* ne constituera pas un signe de notre maturité nationale si elle devient simplement une excuse pour adopter un autre modèle de pensée. La jurisprudence américaine, tout comme la jurisprudence britannique, doit être considérée comme un outil et non comme un maître à penser.

Comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *Mills* (pp. 973 à 976), je ne partage pas l'opinion selon laquelle il ne peut y avoir qu'une seule réparation pour l'accusé dont le procès n'a pas été tenu dans un délai raisonnable. Le caractère raisonnable est un concept souple et un délai peut être plus ou moins déraisonnable compte tenu de toutes les circonstances. Alors la réparation doit être adaptée en conséquence. Je ne puis admettre que des délais puissent être jugés entièrement raisonnables un jour de manière à priver un accusé de toute réparation en vertu de la *Charte*, et tout à fait déraisonnables le jour suivant au point que le procès doive être interrompu. Le mandat donné aux tribunaux aux termes du par. 24(1) de la *Charte* est d'accorder, pour le délai causé, une réparation qui soit convenable et juste eu égard aux circonstances. Ce mandat est incompatible avec la notion portant qu'en matière criminelle il ne peut y avoir qu'une seule réparation pour une violation de l'al. 11(b). Il s'agit là de l'opinion de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Mills*. Voici ce que le juge McIntyre, s'exprimant également au nom des

at pp. 965-66:

Section 24(1) . . . provides that the appellant may obtain such remedy as the court considers "appropriate and just in the circumstances". It is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion. It is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to pre-empt or cut down this wide discretion. No court may say, for example, that a stay of proceedings will always be appropriate in a given type of case. Although there will be cases where a trial judge may well conclude that a stay would be the appropriate remedy, the circumstances will be infinitely variable from case to case and the remedy will vary with the circumstances.

The notion that a stay is the only remedy appears to stem from the concept that unreasonable delay raises a jurisdictional question. This approach, too, was fully considered and rejected by the majority in *Mills, supra*. McIntyre J. had this to say at pp. 964-65:

It has been argued in academic journals that any breach of a *Charter* right is jurisdictional in nature A contrary view has been expressed in other writings As I understand the argument, it would be that where unreasonable delay is found to have occurred in the course of the prosecution of an offence, the court before which the proceeding is taken will thereby have been deprived of jurisdiction to deal further with the case and the prosecution would come to an end. I reject this view. Section 24(1) of the *Charter* has stated clearly that when a *Charter* right is infringed or denied, a person may apply to a court of competent jurisdiction for such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances. It has not specified a remedy and has not excluded the court from further participation in the matter. It has authorized the giving of an appropriate remedy by the court. This is not language from which one can infer that whenever a right is infringed in a prosecution the result must be a loss of jurisdiction by the trial court. Rather, it is language vesting the court with power to correct the situation. If one accepts this jurisdictional argument, it would be to mandate a particular result in every case and to prevent the exercise of the discretion given in s. 24(1) to give the appropriate remedy. In my view, the fact that a *Charter*

juges Beetz et Chouinard, affirme aux pp. 965 et 966:

. . . le par. 24(1) [. . . prévoit] que l'appelant peut obtenir la réparation que le tribunal estime «convenable et juste eu égard aux circonstances». Il est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu. Ce large pouvoir discrétionnaire n'est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d'application générale à tous les cas, et les tribunaux d'appel ne sont nullement autorisés à s'approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée. Aucun tribunal ne peut dire par exemple que la suspension d'instance conviendra toujours dans un certain type de cas. Certes, il y aura des affaires où le juge du procès pourra fort bien conclure que la suspension d'instance constitue la réparation appropriée, mais les circonstances varieront de façon infinie d'un cas à l'autre et la réparation accordée variera en conséquence.

La notion selon laquelle la suspension d'instance constitue la seule réparation paraît découler de l'idée que le délai déraisonnable soulève une question de compétence. Cette conception a également été examinée à fond et rejetée par la Cour à la majorité dans l'arrêt *Mills*, précité. Voici ce qu'affirme le juge McIntyre aux pp. 964 et 965:

Il a été prétendu dans certaines revues juridiques que toute violation d'un droit garanti par la *Charte* soulève une question de compétence: [. . .] D'autres auteurs ont exprimé le point de vue contraire: [. . .] Si je comprends bien l'argument, lorsqu'on conclut qu'il y a eu un délai déraisonnable dans la poursuite de quelqu'un pour une infraction, le tribunal saisi de l'affaire se verra de ce fait privé de compétence pour aller de l'avant dans l'instruction, ce qui mettra fin aux poursuites. Je rejette cette thèse. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* porte clairement que la victime d'une violation ou d'une négation d'un droit conféré par la *Charte* peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Cette disposition ne précise pas la nature de la réparation ni n'exclut toute autre participation du tribunal dans l'affaire. Le tribunal est autorisé à donner une réparation appropriée. Ce ne sont pas des termes dont on peut déduire que chaque atteinte à un droit dans le cadre de poursuites judiciaires entraîne inévitablement la perte de compétence de la juridiction de première instance. Tant s'en faut, car les termes employés investissent le tribunal du pouvoir de rectifier la situation. Si l'on retenait cet argument relatif à la compétence, on se trouverait à autoriser un résultat particulier dans chaque

right has been infringed does not of itself give rise to jurisdictional error, and I see no basis for the characterization of some *Charter* violations as jurisdictional while others are not.

For my part, I stated at p. 973:

Whatever judge exercises jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*, be it the trial judge or a court of superior jurisdiction, I do not think its powers of redress for delay are limited to staying the prosecution. Nor do I see unreasonable delay as giving rise to a jurisdictional issue. Under s. 24(1), the power to afford a remedy for the breach of a *Charter* right is in terms discretionary. A court of competent jurisdiction may grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances. To categorize unreasonable delay as jurisdictional and to make a stay the only possible judicial response to it, one must not only rewrite s. 24(1), but give the right in s. 11(b) a pre-eminence over other *Charter* rights which, in my view, neither the language of the *Charter* nor the accepted values of our society warrant.

I might conclude by observing that many of the factors taken into account in determining whether the delay was unreasonable may also be of assistance in arriving at an appropriate remedy. Thus the length of the delay merits consideration here. This will avoid the drastic consequences inherent in a determination that a delay is unreasonable as opposed to one that is merely reaching that point. The reason for the delay is also relevant. It invites a common-sense balancing and response to delays that are in part attributable to the prosecution and in part to the accused. The remedy can be adjusted as well to respond to the extent of the prejudice suffered by the accused and the interests of society.

To summarize, the right to trial within a reasonable time is an ancient right, whose novelty in the *Charter* context is primarily a function of the flexible remedy provided to enforce it. In practice, the contours of the *Charter* remedy will do much

cas et à empêcher l'exercice du pouvoir discrétionnaire que confère le par. 24(1) d'accorder la réparation appropriée. À mon sens, une atteinte à un droit garanti par la *Charte* ne suffit pas en soi pour entraîner une erreur de compétence, et je ne vois rien qui permet de conclure que certaines violations de la *Charte* touchent à la compétence alors que d'autres ne le font pas.

Quant à moi, j'affirme à la p. 973:

Quel que soit le juge qui exerce sa compétence en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, que ce soit le juge du procès ou une juridiction de degré supérieur, je ne crois pas que ses pouvoirs de redressement en cas de délai se limitent à la suspension des procédures. Je n'estime pas non plus qu'un délai déraisonnable soulève une question de compétence. Le paragraphe 24(1) établit expressément le caractère discrétionnaire du pouvoir d'accorder une réparation pour la violation d'un droit conféré par la *Charte*. En effet, un tribunal compétent peut accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Pour qualifier un délai déraisonnable de question de compétence et faire de la suspension des procédures l'unique solution ouverte aux tribunaux, on doit non seulement récrire le par. 24(1) mais aussi donner au droit conféré par l'al. 11(b) prééminence sur les autres droits conférés par la *Charte*, ce qui, selon moi, n'est justifié ni par les termes de la *Charte* ni par les valeurs reçues de notre société.

Je pourrais conclure en faisant remarquer qu'un grand nombre des facteurs pris en considération pour déterminer si le délai était déraisonnable peuvent également aider à déterminer la réparation convenable. Ainsi, il convient d'examiner la durée du délai en l'espèce. Cela aura pour effet d'éviter les conséquences graves qui sont inhérentes à la décision portant qu'un délai est déraisonnable par opposition à un délai qui est simplement sur le point de l'être. Le motif du délai est également pertinent. Il demande de faire une évaluation et de donner une réponse fondées sur le bon sens à l'égard des délais qui sont attribuables en partie à la poursuite et en partie à l'accusé. La réparation peut être adaptée également pour correspondre à la gravité du préjudice subi par l'accusé et pour répondre aux intérêts de la société.

Bref, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est un droit ancien, dont la nouveauté dans le contexte de la *Charte* est surtout fonction du redressement souple qui est prévu pour l'appliquer. En pratique, la forme actuelle de ce droit dépendra

to govern the present shape of that right, just as the more limited remedies available at common law governed its shape in the past. That being the case, there can no more be a single notion of breach than there can be a single remedy to meet it, whether in the form of a stay of proceedings or otherwise. The question of breach must, therefore, be assessed in terms of the interests protected by the section and such remedy as the court can provide to secure them.

The Interests Protected

Protection of the accused's physical liberty is, as the writ of *habeas corpus* illustrates, the most fundamental and widely recognized aspect of the right to trial within a reasonable time. Impairment of this interest, however, does not cease with the release of the accused on bail, as *habeas corpus* might imply. Bail conditions frequently involve restrictions on freedom of movement, and as the United States Supreme Court has noted, a speedy trial guarantee must seek "to reduce the lesser, but nevertheless substantial, impairment of liberty imposed on an accused while released on bail": *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982), at p. 8. Any assessment of the effect of delay on an accused's liberty, therefore, must have regard not only to imprisonment but to any conditions attached to release.

Protection of the accused's security, another interest secured by the right to a speedy trial, focuses on the psychological rather than the physical burdens of a pending trial. Since psychological pressures are inherently difficult to establish objectively, however, the parameters of an accused's security interest are inherently elusive, whether viewed in the abstract or in the context of the accused's own situation. However, it is reasonable to infer that the pendency of a criminal trial creates anxiety and concern in any accused, whether or not he or she has ever been charged or convicted before. In addition, as Warren C.J. noted in *Klopfers v. North Carolina*, *supra*, at p. 222, a pending trial "may subject [an accused] to

dans une large mesure des paramètres de la réparation que prévoit la *Charte*, tout comme sa forme par le passé était fonction des redressements plus limités qu'offrait la *common law*. Ceci étant le cas, il ne peut plus y avoir une seule notion de violation, pas plus qu'il ne peut y avoir une seule réparation pour y remédier, que ce soit sous la forme d'une suspension des procédures ou autrement. La question de la violation doit par conséquent être évaluée en fonction des intérêts protégés par la disposition et de la réparation que le tribunal peut accorder pour les protéger.

Les intérêts protégés

La protection de la liberté physique de l'accusé est, comme l'illustre le bref d'*habeas corpus*, l'aspect le plus fondamental et le plus généralement reconnu du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Toutefois, la violation de cet intérêt ne cesse pas avec la mise en liberté sous caution de l'accusé comme l'*habeas corpus* pourrait le laisser croire. Les conditions de la mise en liberté sous caution comportent souvent des restrictions à la liberté de mouvement et, comme l'a souligné la Cour suprême des États-Unis, la garantie d'être jugé avec célérité doit viser [TRADUCTION] «à réduire l'atteinte, moindre mais néanmoins importante, à la liberté de l'inculpé libéré sous caution»: *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982), à la p. 8. Toute évaluation des répercussions d'un délai sur la liberté de l'accusé doit, par conséquent, tenir compte non seulement de l'emprisonnement mais de toutes les conditions rattachées à la libération.

La protection de la sécurité de l'accusé, un autre intérêt garanti par le droit d'être jugé avec célérité, met l'accent sur le fardeau psychologique plutôt que physique que constitue un procès en instance. Toutefois, comme les pressions psychologiques sont difficiles en soi à établir objectivement, les paramètres de l'intérêt qu'a un accusé en matière de sécurité sont artificieux en soi, qu'ils soient considérés dans l'absolu ou dans le contexte de la situation personnelle de l'accusé. Toutefois, on peut raisonnablement déduire que le fait qu'un procès en matière criminelle soit en cours est une source d'angoisse et de préoccupations pour tout accusé peu importe qu'il ait ou non déjà été accusé ou déclaré coupable auparavant. De plus, comme

public scorn ... and almost certainly will force curtailment of his speech, associations and participation in unpopular causes". It often limits employment and educational opportunities as well and, as Amsterdam puts it, it ultimately restricts "the liberty to go one's own way owing nobody nothing" (*supra*, at p. 533).

In my opinion, it can at least be inferred that an impact of this nature may be felt by any person who is charged with a criminal offence. Such an inference will generally not only be factually accurate, but will free the accused of the almost insurmountable burden of proving his anxiety. In assessing the reasonableness of any delay, therefore, a court may assume that the accused will have suffered an impairment to his security interest. Whether this assumption should not only amount to an inference but a presumption, as suggested by Lamer J., it is not necessary to consider. For, at all events, while all accused may suffer a degree of prejudice to their personal security as a result of criminal charges, some will necessarily suffer more than others. The assumption that an accused's security of the person is affected by delay should be capable of being strengthened and supplemented by proof of actual prejudice in a particular case. This would, in any case, be relevant to the nature of the remedy that should be afforded.

I turn now to consider the interest in a fair trial. I must, at the outset, say that I do not agree with the view that the right under s. 11(b) was intended solely to redress intrusions on the liberty or security of the accused. On the contrary, in my view, the effect of delay on the accused's capacity to defend himself must be considered. The accused's interest in a fair trial is as legitimate a purpose of the right to be tried within a reasonable time as his interest in liberty and security. It is true, of course, that the interests in a fair trial are protected under other provisions of the *Charter*, such as s. 11(d), but not, however, in the same manner as under

le juge en chef Warren le souligne dans l'arrêt *Klopper v. North Carolina*, précité, à la p. 222, un procès en cours [TRADUCTION] «peut soumettre [un accusé] au mépris public [...] et entraînera presque certainement une restriction de son droit de parole, d'association et de participation dans des causes impopulaires». Il limite souvent les possibilités d'emploi et d'études de même que, comme l'a dit Amsterdam, il limite finalement [TRADUCTION] «la liberté de suivre son propre chemin en ne devant rien à personne» (précité, à la p. 533).

À mon avis, on peut au moins déduire qu'un tel effet peut être ressenti par quiconque est accusé d'un acte criminel. Une telle déduction sera généralement non seulement exacte sur le plan des faits, mais libérera l'accusé du fardeau presque insurmontable d'avoir à démontrer son anxiété. Par conséquent, en évaluant le caractère raisonnable de tout délai, un tribunal peut supposer que l'accusé a subi une atteinte à son intérêt en matière de sécurité. Il n'est pas nécessaire d'examiner si cette supposition doit équivaloir non seulement à une déduction, mais à une présomption comme l'a proposé le juge Lamer. De toute manière, en effet, bien que tout accusé puisse subir un certain préjudice en matière de sécurité personnelle par suite d'accusations criminelles, certains souffriront nécessairement plus que d'autres. La supposition que le retard porte atteinte à la sécurité de la personne d'un accusé devrait pouvoir être renforcée et complétée par la preuve de l'existence d'un préjudice réel dans un cas particulier. Cela serait, en tout cas, pertinent pour déterminer la nature de la réparation à accorder.

J'en viens maintenant à l'intérêt à subir un procès équitable. Je dois tout d'abord dire que je ne suis pas d'accord avec l'opinion selon laquelle le droit que garantit l'al. 11(b) est destiné seulement à remédier aux atteintes à la liberté ou à la sécurité de l'accusé. J'estime au contraire qu'il faut tenir compte de l'effet du délai sur la capacité de l'accusé de se défendre lui-même. L'intérêt qu'a l'accusé à subir un procès équitable constitue un objectif du droit d'être jugé dans un délai raisonnable aussi légitime que son intérêt en matière de liberté et de sécurité. Évidemment, il est vrai que les intérêts que l'on a à subir un procès équitable

s. 11(b). Unfairness produced by delay may well be more readily remedied under s. 11(b) than under s. 11(d); indeed any remedy it does receive will often be of a different character.

It seems only natural and just to deal with questions of fairness, in so far as possible, in the context in which they arise. I agree, therefore, with Wilson J.'s conclusion in *Mills* that *Charter* rights are not to be considered in isolation from one another, so that a finding that a certain interest (such as the right to a fair hearing) is protected under one section of the *Charter* will preclude the possibility that it may also be protected, tangentially at least, under another section. The fact that protection may be available under s. 11(d) should not prevent an accused from having recourse to s. 11(b) in those cases where the alleged unfairness is demonstrably the product of delay.

In the United States, of course, the interest in a fair trial has been consistently held to be a vital, if not the most vital, component of the right to a speedy trial. In *Dickey v. Florida*, *supra*, at p. 41, Brennan J. identified the purpose of a speedy trial in the following terms:

It is intended to spare an accused those penalties and disabilities—incompatible with the presumption of innocence—that may spring from delay in the criminal process.

And in *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), at p. 120, the whole court held that the speedy trial guarantee was designed, *inter alia*, “to limit the possibilities that long delay will impair the ability of an accused to defend himself”. That statement has been reaffirmed by the Supreme Court of the United States in several subsequent cases: see *Smith v. Hooy*, 393 U.S. 374 (1969), at pp. 377-78; *Barker v. Wingo*, *supra*, at p. 532; *United States v. Loud Hawk*, *supra*, at p. 655.

sont garantis par d'autres dispositions de la *Charte*, comme l'al. 11d), mais pas de la même manière toutefois que par l'al. 11b). Il est plus facile de remédier à une injustice qui découle d'un délai en vertu de l'al. 11b) qu'en vertu de l'al. 11d); en effet, tout redressement qu'on y apporte est souvent d'une nature différente.

Il semble seulement naturel et juste de traiter des questions d'équité, dans la mesure du possible, en fonction du contexte dans lequel elles se présentent. Je souscris donc à la conclusion du juge Wilson dans l'arrêt *Mills*, selon laquelle les droits garantis par la *Charte* ne doivent pas être examinés séparément l'un de l'autre de sorte que la conclusion portant qu'un certain intérêt (comme le droit à un procès équitable) est protégé par l'un des articles de la *Charte* exclue la possibilité qu'il soit également protégé, indirectement tout au moins, par une autre disposition. Le fait que l'al. 11d) puisse offrir une protection ne devrait pas empêcher un accusé d'avoir recours à l'al. 11b) dans les cas où on peut démontrer que l'inéquité alléguée résulte du délai.

Évidemment, aux États-Unis, l'intérêt qu'on a à subir un procès équitable a été constamment jugé comme une composante vitale, voire même la plus vitale, du droit d'être jugé avec célérité. À la page 41 de l'arrêt *Dickey v. Florida*, précité, le juge Brennan décrit ainsi l'objectif d'un procès sans délai:

[TRADUCTION] Il est destiné à éviter à l'accusé les peines et les incapacités, incompatibles avec la présomption d'innocence, qui peuvent découler d'un délai dans les procédures criminelles.

Puis, dans *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), à la p. 120, la cour siégeant au complet a jugé que la garantie d'un procès sans délai vise notamment [TRADUCTION] «à limiter la possibilité que de longs délais nuisent à la capacité d'un accusé de se défendre lui-même». Cette déclaration a été réaffirmée par la Cour suprême des États-Unis dans plusieurs arrêts subséquents: voir *Smith v. Hooy*, 393 U.S. 374 (1969), aux pp. 377 et 378; *Barker v. Wingo* précité, à la p. 532; *United States v. Loud Hawk*, précité, à la p. 655.

Significantly, though the authorities are few, the interest in a fair trial appears to have found expression in the very different English jurisprudence on timely trial. Significantly because both the Canadian and American rights, of course, have their genesis there. Indeed, the words of *Magna Carta* clearly imply that justice delayed is justice denied. As Coke explained in his commentary on that statute:

... the common lawes of the realme should by no meanes be delayed, for the law is the surest sanctuary, that a man can take, and the strongest fortresse to protect the weakest of all; . . .

(Coke, II *Institutes of the Laws of England* (W. Clarke & Sons, 1817), at p. 55.)

Again, in *R. v. Robins* (1844), 1 Cox C.C. 114, Alderson B., though speaking in the context of a delayed charge, found the delay to be unacceptable because of its impact on the accused's defence:

It is monstrous to put a man on his trial after such a lapse of time. How can he account for his conduct so far back? If you accuse a man of a crime the next day, he may be enabled to bring forward his servants and family to say where he was and what he was about at the time; but if the charge be not preferred for a year or more, how can he clear himself?

It seems to me, then, that historically as well as analytically, the interest in a fair trial must be an important element in any analysis of the protection accorded by the right to trial within a reasonable time.

Finally, prejudice to the fair trial interest of an accused may arise from the inherent nature of his defence. In many cases delay will necessarily (rather than coincidentally) impair the ability to present a defence. A witness may leave the country, or die of a terminal illness, or simply forget the relevant circumstances. Such prejudice, it has been argued, should be excluded from consider-

Ce qui est révélateur, bien qu'il y ait peu de précédents, est l'intérêt que l'on a à subir un procès équitable paraît avoir été exprimé dans des décisions anglaises très différentes relativement à un procès tenu en temps utile. Cela est révélateur parce que les droits canadien et américain tirent évidemment leurs origines du droit anglais. En fait, il ressort clairement des termes de la *Magna Carta* qu'un retard à rendre justice équivaut à un déni de justice. Comme Coke l'a expliqué dans son commentaire sur cette loi:

[TRADUCTION] ... la *common law* du royaume ne devrait nullement être retardée, car la loi est l'asile le plus sûr où un homme peut se réfugier et la forteresse la plus solide pour protéger les plus faibles d'entre tous; . . .

(Coke, II *Institutes of the Laws of England* (W. Clarke & Sons, 1817), à la p. 55.)

De même dans *R. v. Robins* (1844), 1 Cox C.C. 114, le baron Alderson, bien que parlant dans le contexte d'une accusation retardée, a conclu que le délai était inacceptable en raison de ses répercussions sur la défense de l'accusé:

[TRADUCTION] Il est inhumain que quelqu'un subisse son procès après une tel laps de temps. Comment peut-il se rappeler de la conduite qu'il a adoptée il y a si longtemps? Si vous accusez un homme d'un crime le lendemain, il peut être habilité à faire témoigner ses serviteurs et sa famille pour dire où il se trouvait et ce qu'il faisait à ce moment-là; mais si l'accusation n'est pas présentée avant un an ou plus, comment peut-il se disculper?

Alors il me semble que, historiquement de même que analytiquement, l'intérêt que l'on a à subir un procès équitable doit être un élément important dans toute analyse de la protection accordée par le droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

Finalement, le préjudice causé à un accusé en ce qui concerne l'intérêt qu'il a à subir un procès équitable peut découler de la nature inhérente de sa défense. Dans un bon nombre de cas, le retard portera nécessairement (plutôt que par coïncidence) atteinte à la capacité de présenter une défense. Un témoin peut quitter le pays, ou décéder des suites d'une maladie, ou simplement oublier les circonstances pertinentes. On a soutenu qu'un tel préjudice ne devrait pas être pris en considération aux termes de l'al. 11b), pour le

ation under s. 11(b) on the basis that it is more properly addressed under s. 7 or s. 11(d).

It seems to me, however, that to do so would be to ignore a legitimate distinction between foreseeable prejudice and actual prejudice, and at the same time to draw what I have suggested is an unnecessary distinction between s. 11(b) and ss. 7 and 11(d). It is true that an unreasonable delay cannot be regarded as reasonable simply on the basis that it caused no actual prejudice to the accused's defence. Were it otherwise, only delays that impaired that defence would be prohibited, and s. 11(b) would thereby be converted from a right against delay into a right to a fair trial. Since that is clearly not its purpose, there is no basis for requiring the accused to prove actual prejudice to his defence in order to establish that the delay he faced was unreasonable, as the Court of Appeal in fact did here. Prejudice to the right of the accused to a fair trial may help to justify a s. 11(b) claim, but it cannot be regarded as essential to it. I note that the United States Supreme Court has reached a similar conclusion: see *Moore v. Arizona*, 414 U.S. 25 (1973), at p. 26. Conversely a reasonable delay will not become unreasonable simply because a key defence witness disappeared during the course of it, despite the fact that it could be argued that the resulting prejudice to the defence would not have occurred but for the delay.

It seems to me, however, that in certain cases, where delay would involve a foreseeable impact on the ability to present an effective defence, proof that such prejudice in fact resulted may be taken into consideration as part of the injury that the delay caused to the interests of the accused. Such prejudice would arise, for example, where the defendant's case was either known or ultimately found to depend on eyewitness evidence. It might also arise at those stages in the history of a case where a predictable drop occurs in the threshold of witness' memories. And prejudice to an accused's defence clearly might arise from the nature of the

motif qu'il convient mieux d'en tenir compte aux termes de l'art. 7 ou de l'al. 11d).

Toutefois, il me semble que si l'on adoptait cette position, on ferait alors abstraction d'une distinction légitime entre le préjudice prévisible et le préjudice réel et, en même temps, on établirait ce qui d'après moi est une distinction inutile entre l'al. 11b) et l'art. 7 et l'al. 11d). Il est vrai qu'un délai déraisonnable ne peut pas être considéré comme raisonnable simplement parce qu'il n'a causé aucun préjudice réel à la défense de l'accusé. S'il en était autrement, seuls les délais qui portent atteinte à cette défense seraient interdits et l'al. 11b) serait ainsi transformé comme garantissant non plus un droit à la protection contre les délais, mais un droit à un procès équitable. Étant donné que, de toute évidence, ce n'est pas là son objectif, il n'y a aucun motif d'exiger que l'accusé prouve qu'un préjudice réel a été causé à sa défense pour démontrer que le délai auquel il a dû faire face était déraisonnable, comme la Cour d'appel l'a fait en l'espèce. Le préjudice causé au droit de l'accusé à un procès équitable peut aider à justifier une demande fondée sur l'al. 11b), mais il ne peut être considéré comme essentiel à cet égard. Je remarque que la Cour suprême des États-Unis est arrivée à une conclusion semblable: voir *Moore v. Arizona*, 414 U.S. 25 (1973), à la p. 26. Inversement, le délai raisonnable ne deviendra pas déraisonnable simplement parce qu'un témoin clé de la défense est disparu pendant ce délai, même si on pouvait faire valoir que le préjudice qui a résulté pour la défense ne se serait pas produit s'il n'y avait pas eu de délai.

Toutefois, il me semble que, dans certains cas, lorsqu'un délai aurait une incidence prévisible sur la capacité de présenter une défense efficace, on pourrait tenir compte de la preuve que ce préjudice a réellement été causé, comme partie du tort que ce délai a causé aux intérêts de l'accusé. Un tel préjudice se produirait, par exemple, si on savait ou si on avait finalement découvert que la preuve du défendeur dépendait d'un témoin oculaire. Il pourrait également se produire à ces étapes où, dans le déroulement d'une affaire, on pouvait prévoir que le témoin aurait oublié certains détails. De plus, un préjudice peut clairement être causé à

case; the circumstances of some offences may well be more forgettable than those of others. In my opinion, therefore, to the extent that prejudice to a fair trial is inherent in the delay it should be regarded as simply another interest of the accused that may be placed in jeopardy by that delay.

In summary, then, I would hold that the principal interests of the accused relevant to trial within a reasonable time are first, the liberty interest, which may be impaired either by imprisonment or by bail conditions; second, the security interest, which as a general rule is impaired by the anxiety, stress and stigmatization arising out of delay, strongly added to in this particular case by the seizure of the accused's assets; and third, the fair trial interest, which may be impaired in this context to the extent that delay foreseeably damages the ability to present an effective defence. In the present case, it is sufficient to say that the security interests of the accused were substantially impaired, and that the reviewing judge found that the trial judge's delay had also seriously prejudiced his ability to conduct his defence.

I would add that *Charter* rights are not exclusively and narrowly aimed at the accused. They belong to all of us, and the reasons for the delay may play a legitimate role in assessing the remedy, at least to the extent that it has a tendency to put the administration of justice into disrepute. This value is recognized in s. 24(2) for evidentiary purposes, but it is relevant here as well, and the fact that it is a judge that has caused the delay has serious implications for that value.

It goes perhaps without saying that the impairment to the interests identified above must, in making a determination of reasonableness, be balanced against any proper reasons for delay advanced by the Crown. I need not enter into a discussion of this matter in the present case, but

la défense d'un accusé en raison de la nature de l'affaire; les circonstances entourant certaines infractions peuvent plus facilement être oubliées que d'autres. Donc, à mon avis, dans la mesure où le préjudice causé au droit à un procès équitable est inhérent au délai, il devrait être considéré comme simplement un autre intérêt de l'accusé qui peut être menacé par ce délai.

Alors, en résumé, je suis d'avis de conclure que les principaux intérêts de l'accusé qui se rapportent au droit d'être jugé dans un délai raisonnable sont en premier lieu, l'intérêt en matière de liberté auquel on peut porter atteinte soit par l'emprisonnement soit par les conditions d'une mise en liberté sous caution; en deuxième lieu, l'intérêt en matière de sécurité qui, en règle générale, est diminué par l'angoisse, le stress et la stigmatisation qui découlent du délai, ce qui est rendu d'autant plus grave en l'espèce par la mise sous séquestre des biens de l'accusé; et en troisième lieu, l'intérêt en matière de procès équitable, auquel on peut porter atteinte dans ce contexte dans la mesure où le délai réduit d'une manière prévisible la capacité de présenter une défense efficace. En l'espèce, il suffit de dire que les intérêts en matière de sécurité de l'accusé ont été diminués sensiblement et que le juge chargé de la révision a conclu que le délai du juge du procès avait aussi préjudicié gravement à sa capacité de se défendre.

Je suis d'avis d'ajouter que les droits garantis par la *Charte* ne visent pas exclusivement et uniquement les personnes accusées. Ils nous appartiennent à tous et les motifs du délai peuvent jouer un rôle légitime dans la détermination de la réparation, du moins dans la mesure où ce délai a tendance à déconsidérer l'administration de la justice. Cette valeur est reconnue au par. 24(2) à des fins de preuve, mais elle est également pertinente en l'espèce et le fait que c'est un juge qui a causé le délai a des répercussions graves en ce qui la concerne.

Il va peut-être sans dire que l'atteinte aux intérêts mentionnés précédemment doit, lorsqu'on rend une décision sur le caractère raisonnable, être évaluée en fonction de tout motif adéquat avancé par la poursuite pour justifier le délai. Il ne m'est pas nécessaire de traiter cette question en l'espèce,

would by way of example simply note that the type of offence in question, the complexity of the facts in this case, the number of charges, the number of accused, the nature and volume of the evidence and the number of witnesses, must be taken into account. Nor should delay caused by the accused be ignored in assessing the situation. Here, however, there was none and the only justification that could possibly be advanced for the delay was the consent of the accused, a matter to which I shall turn presently.

Remedy

As I have repeatedly indicated, a court of competent jurisdiction is free to employ the full discretion conferred on it by s. 24(1) of the *Charter* in choosing a remedy for breach of the right to trial within a reasonable time. That choice as McIntyre J. explains in the passage cited earlier will depend on all the circumstances. The *Charter* clearly tells us that the remedy to be given is that which "the court considers appropriate and just in the circumstances". Often the most obvious remedy is to expedite the proceedings. If a prosecutor dies, for example, and his successor seeks a delay so as to master the case, an accused should advance the prospect of impairment to his interests and seek a limitation to any such delay, instead of waiting until the full delay has taken place and then demanding a stay. The Crown might then be told that it had a limited period within which to proceed, or else face a stay. Otherwise, in selecting a remedy the reviewing judge should bear in mind such factors, for example, as the length and nature of the delay, the seriousness of the offence with which the accused is charged, the nature of the injury suffered by the accused and any prejudice to the accused's defence inherent in the delay. In the present case, it is worth noting that the offence, though serious, is not one that is dangerous to the safety of the public. As well, the fact that the accused's business was under seizure throughout the proceedings imposed a far greater burden on him than on most accused persons.

mais à titre d'exemple, il convient simplement de souligner qu'il faut prendre en considération le genre d'infraction en question, la complexité des faits en l'espèce, le nombre d'accusations, le nombre d'accusés, la nature et la quantité des éléments de preuve et le nombre de témoins. Il ne faut pas non plus ignorer le délai causé par l'accusé lorsqu'on évalue la situation. En l'espèce toutefois, il n'y en a pas eu et la seule justification qui pourrait être avancée à l'appui du délai est le consentement de l'accusé, une question que je vais maintenant examiner.

Réparation

Comme je l'ai indiqué à maintes reprises, un tribunal compétent est libre d'utiliser le pouvoir discrétionnaire complet que lui confère le par. 24(1) de la *Charte* pour choisir une réparation relativement à la violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Ce choix, comme le juge McIntyre l'explique dans le passage cité précédemment, dépend de toutes les circonstances. La *Charte* précise clairement que la réparation qui doit être accordée est celle «que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances». Souvent la réparation la plus évidente consiste à accélérer les procédures. Si, par exemple, un poursuivant décède et que son successeur cherche à obtenir un délai pour prendre connaissance à fond de l'affaire, l'accusé devrait faire valoir la possibilité d'atteinte à ses intérêts et chercher à faire limiter un tel délai, au lieu d'attendre que tout le délai se soit écoulé et ensuite demander une suspension d'instance. On pourrait alors dire au ministère public qu'il dispose d'un délai limité pour s'exécuter, sinon il se heurtera à une suspension d'instance. Par ailleurs, en choisissant une réparation, le juge chargé de la révision devrait tenir compte de facteurs comme, par exemple, la durée et la nature du délai, la gravité de l'infraction dont l'accusé est inculpé, la nature du préjudice subi par l'accusé et de tout préjudice inhérent au délai causé à l'accusé sur le plan de sa défense. En l'espèce, il vaut la peine de souligner que l'infraction, bien que grave, ne met pas en danger la sécurité du public. De même, le fait que le commerce de l'accusé a été mis sous séquestre pendant les procédures lui a imposé un fardeau plus lourd qu'à la plupart des accusés.

Disposition

As I stated at the outset, I am of the view that Glube C.J.T.D. was a court of competent jurisdiction, on the basis that the accused could not be expected to seek a remedy from Judge McIntyre, who was himself the author of the delay. Having found a breach of s. 11(b), Glube C.J.T.D. took the position that all remedies were open to her, but nevertheless decided that the only remedy that was appropriate and just in the circumstances was to dismiss the charges. The Court of Appeal, on the other hand, held that no breach of s. 11(b) had occurred because there was no evidence of any real or concrete prejudice as a result of the delay, so it never reached the question of a remedy. For reasons already given, I do not think the approach taken by the Court of Appeal was the proper one.

It is clear to me that Judge McIntyre's conduct amounted to a breach of s. 11(b). The delay itself was described by both courts below as shocking; there is no adequate explanation for it. The only possible justification for the delay was the consent of the accused, which must, as I have noted, be taken into account in assessing the reasonableness of the delay. Any consent must, however, be clear, unequivocal and fully informed. Silence on the part of the accused in the face of delay cannot automatically be taken as consent to it. The burden of establishing the expeditiousness of a trial is on the state, not the accused, and that burden would effectively be reversed if the accused were required to assert his right to prompt treatment.

At all events, it seems to me that given that the delay in question was caused by the judge himself, the consent of the accused to the judge's requests for continuances was largely *pro forma*, in the sense that he had no real alternative. In each case he was asked by the judge to consent to a further delay the day before jurisdiction would have been lost. Could he reasonably have refused and demanded an immediate decision? I think it is clear from the tone of the letter written by defence

Dispositif

Comme je l'ai dit au début, je suis d'avis que le juge en chef Glube constituait un tribunal compétent en ce sens qu'on ne pouvait s'attendre à ce que l'accusé cherche à obtenir une réparation auprès du juge McIntyre qui était lui-même à l'origine du délai. Ayant conclu qu'il y avait eu violation de l'al. 11b), le juge en chef Glube a adopté la position selon laquelle toutes les formes de réparation étaient disponibles, mais elle a néanmoins décidé que le rejet des accusations était la seule réparation qui était convenable et juste eu égard aux circonstances. Par contre, la Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait eu aucune violation de l'al. 11b) parce qu'on n'avait pas prouvé l'existence d'un préjudice réel ou concret résultant du délai, et ainsi elle n'a jamais abordé la question de la réparation. Pour les motifs que j'ai déjà donnés, je ne crois pas que la Cour d'appel a adopté la bonne solution.

À mon avis, il est clair que la conduite du juge McIntyre est contraire à l'al. 11b). Le délai lui-même a été qualifié de honteux par les deux tribunaux d'instance inférieure; il ne peut s'expliquer de manière satisfaisante. La seule justification possible du délai était le consentement de l'accusé qui doit, comme je l'ai fait remarquer, être pris en considération pour évaluer le caractère raisonnable de ce délai. Toutefois, tout consentement doit être clair, non équivoque et bien éclairé. Le silence de l'accusé face au délai ne peut pas automatiquement être considéré comme un consentement à celui-ci. Il incombe à l'État et non à l'accusé de démontrer qu'un procès a été tenu promptement et ce fardeau serait effectivement renversé si l'accusé était requis de faire valoir son droit à un traitement sans délai.

De toute façon, il me semble que, étant donné que le délai en question a été causé par le juge lui-même, le consentement de l'accusé aux demandes d'ajournement du juge était dans une grande mesure *pro forma*, en ce sens qu'il n'avait pas vraiment le choix. Dans chaque cas, le juge lui a demandé de consentir à un autre délai la veille du jour où il n'aurait plus été compétent. Aurait-il pu raisonnablement refuser et exiger qu'une décision soit rendue immédiatement? D'après moi, il res-

counsel to the Crown, seeking its intervention, that the accused felt unable to address the judge himself on the issue. Nor am I convinced that the demand for a decision amounted to a consent to the previous delay. In my view the delay caused by Judge McIntyre was unreasonable and in breach of s. 11(b).

In weighing the remedy that should have been accorded in this case, I am particularly affected by the strong views of Glube C.J.T.D. and the Court of Appeal regarding the unreasonableness of the delay, the serious prejudice to the accused arising out of the continuing receivership of his business, and the fact that the delay was caused by a judge. Not only is an accused relatively helpless in the face of such delay, but society as a whole is disturbed by the prospect of injustice arising in the courts themselves. In exercising her discretion to provide a remedy that was appropriate and just in the circumstances, Glube C.J.T.D. heard the evidence and took the relevant factors into account. She accorded the relief sought from her, which was a dismissal of the charges. It should be noted, however, that while this was formally the order being sought, it is obvious from what transpired that what counsel was really seeking was not to obtain an acquittal but to put an end to the proceedings. In granting the relief sought, I think this is really what Glube C.J.T.D. had in mind. Under these circumstances, I would dispose of the appeal in the manner proposed by my colleagues. Skeptical though I am of the general use of a stay as a means of combatting delay, there are cases where this is the proper course. In my view, this is one of them.

For these reasons, I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and order a stay of proceedings against the appellant.

sort clairement du ton de la lettre adressée à la poursuite par l'avocat de la défense, pour lui demander d'intervenir, que l'accusé se sentait incapable de s'adresser au juge lui-même à ce sujet. Je ne suis pas non plus convaincu que la demande visant à obtenir une décision équivalait à un consentement au délai antérieur. À mon avis, le délai causé par le juge McIntyre est déraisonnable et contraire à l'al. 11b).

En évaluant la réparation qui aurait dû être accordée en l'espèce, je suis particulièrement touché par les opinions fermes du juge en chef Glube et de la Cour d'appel concernant le caractère déraisonnable du délai, le préjudice grave que l'accusé a subi par suite de la mise sous séquestre continue de son commerce, et par le fait que le délai a été causé par un juge. Non seulement un accusé est-il relativement démuné face à un tel délai, mais c'est la société dans son ensemble qui est dérangée par l'idée qu'une injustice puisse être commise par les tribunaux eux-mêmes. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances, le juge en chef Glube a entendu les témoignages et a tenu compte des facteurs pertinents. Elle a accordé la réparation demandée, savoir le rejet des accusations. Toutefois, il convient de souligner que, même s'il s'agissait là formellement de l'ordonnance demandée, il ressort manifestement que ce que l'avocat cherchait à obtenir en réalité n'était pas un acquittement mais l'interruption des procédures. Je crois que c'est vraiment ce que le juge en chef Glube avait à l'esprit en accordant la réparation demandée. Dans ces circonstances, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par mes collègues. Bien que je sois sceptique quant à l'utilisation générale de la suspension d'instance pour remédier aux délais, il y a des cas où il s'agit de la solution appropriée. À mon avis, c'est le cas en l'espèce.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et d'ordonner la suspension des procédures engagées contre l'appellant.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Gerald J. McConnell, Joel E. Fichaud and Kitz Matheson, Halifax.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Gerald J. McConnell, Joel E. Fichaud et Kitz Matheson, Halifax.

Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.

W. Colin Thatcher Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. THATCHER

File No.: 19733.

1986: December 9; 1987: May 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Charge to jury — Murder — Aiding or abetting — Crown's theory that accused could be found guilty as principal or alternatively as aider or abettor — Whether evidence to justify putting to the jury the Crown's alternative theory — Whether trial judge failed to apply the legal principles of s. 21 of the Criminal Code to the evidence of the case.

Criminal law — Charge to jury — Burden of proof — Murder — Whether trial judge erred in directing the jury to weigh the evidence of the accused against the evidence of other witnesses and to choose which they accepted, thereby reducing the burden of proof.

Criminal law — Charge to jury — Fairness — Murder — Whether trial judge adequately summarized the evidence or the theory of the defence.

Criminal law — Charge to jury — Unanimity — Murder — Trial judge instructing jurors that they could find the accused guilty either as principal or as aider or abettor — Whether trial judge failed to instruct the jurors that they must be unanimous in the way in which the offence was committed — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21.

Appellant was arrested and charged with causing the death of his ex-wife. Following their separation in 1979 after seventeen years of marriage, the relation between the estranged spouses became increasingly bitter and acrimonious as they fought a long, hotly contested series of custody, access and matrimonial property battles. On January 21, 1983, appellant's ex-wife was ferociously beaten and then shot to death. At trial, the Crown led direct and circumstantial evidence to prove that the appellant had personally murdered his ex-wife or, alternatively, that he aided or abetted the killer and was

W. Colin Thatcher Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée

a

RÉPERTORIÉ: R. c. THATCHER

N° du greffe: 19733.

1986: 9 décembre; 1987: 14 mai.

b

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

c

Droit criminel — Exposé au jury — Meurtre — Aider ou encourager — Selon le ministère public l'accusé pouvait être déclaré coupable à titre d'auteur ou subsidiairement à titre de personne qui a aidé ou encouragé — La preuve justifiait-elle la présentation au jury de la seconde thèse du ministère public? — Le juge du procès a-t-il omis d'appliquer les principes juridiques de l'art. 21 du Code criminel à la preuve?

d

Droit criminel — Exposé au jury — Fardeau de la preuve — Meurtre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en disant au jury qu'il devait évaluer le témoignage de l'accusé en fonction de ceux des autres témoins et devait choisir lequel il acceptait, réduisant ainsi le fardeau de la preuve?

e

Droit criminel — Exposé au jury — Caractère équitable — Meurtre — Le juge du procès a-t-il résumé d'une manière adéquate les éléments de preuve et la thèse de la défense?

f

Droit criminel — Exposé au jury — Unanimité — Meurtre — Directives du juge au jury selon lesquelles il pouvait déclarer l'accusé coupable soit à titre d'auteur soit de personne qui a aidé ou encouragé — Le juge du procès a-t-il omis d'exposer au jury qu'il devait être unanime quant à la manière dont l'infraction a été commise? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21.

g

L'appellant a été arrêté et accusé d'avoir causé la mort de son ex-épouse. Suivant leur séparation en 1979 après dix-sept ans de mariage, les rapports entre les époux séparés sont devenus de plus en plus amers et acerbes à mesure qu'ils se sont livrés une longue série de batailles juridiques âprement contestées portant sur la garde des enfants, les droits de visite et les biens matrimoniaux. Le 21 janvier 1983, l'ex-épouse de l'appellant a été sauvagement battue et tuée d'un coup de feu. Au procès, le ministère public a présenté des éléments de preuve directe et circonstancielle pour démontrer que l'appellant

therefore guilty as a party to the offence pursuant to s. 21 of the *Criminal Code*. The bulk of the evidence tendered by the Crown was consistent with either theory.

In defence, appellant adduced alibi evidence and denied any involvement in the killing. Several witnesses corroborated appellant's whereabouts at the time of the crime.

In his charge, the trial judge instructed the jurors that the appellant could be found guilty of murder if they were satisfied beyond a reasonable doubt that he was the principal offender or a party to the offence under s. 21 of the *Code*. He explained briefly the position of the defence and spent considerable time summarizing the Crown's evidence. The jury returned a verdict of guilty of first degree murder contrary to s. 218 of the *Code*. The majority of the Court of Appeal dismissed his appeal.

On appeal to this Court, appellant contended that: (1) there was no evidentiary basis for a direction pursuant to s. 21 of the *Code*; (2) the trial judge failed to direct the jury on the application of the legal principles of parties to an offence to the evidence of the case; (3) the trial judge erred in directing the jury to weigh the appellant's evidence against the evidence of other witnesses and to choose which they accepted, thereby reducing the burden of proof; (4) the trial judge failed to summarize fairly and adequately the evidence and the theory of the defence; and (5) the trial judge failed to instruct the jury that a verdict of guilty must be unanimous in relation to one or other of the alternative means of committing the offence of murder.

Held: The appeal should be dismissed.

There was an evidentiary foundation to justify putting to the jury the Crown's alternative theory that appellant was a party to the offence under s. 21, rather than a principal. Where an accused is being tried alone and there is evidence that more than one person was involved in the commission of the offence, it is also appropriate for the trial judge to direct the jury with respect to the provisions of s. 21 of the *Code*, even though the identity of the other participant or participants is unknown and even though the precise part played by each participant may be uncertain. Here, there was very strong evidence connecting appellant with the crime. There was also some evidence which, if believed, indicated that he did

avait personnellement causé la mort de son ex-épouse ou, subsidiairement, qu'il avait aidé ou encouragé le meurtrier et était par conséquent coupable à titre de partie à l'infraction aux termes de l'art. 21 du *Code criminel*. La majeure partie de la preuve présentée par le ministère public est compatible avec l'une ou l'autre thèse.

En défense, l'appelant a présenté une preuve d'alibi et a nié toute implication dans le meurtre. Plusieurs témoins ont corroboré les allées et venues de l'appelant au moment du crime.

Dans son exposé, le juge du procès a dit aux jurés que l'appelant pouvait être déclaré coupable de meurtre s'ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable qu'il était l'auteur de l'infraction ou une partie à celle-ci aux termes de l'art. 21 du *Code*. Il a expliqué brièvement la position de la défense et a passé beaucoup de temps à résumer les éléments de la preuve à charge. Le jury a rendu un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré conformément à l'art. 218 du *Code*. La Cour d'appel a rejeté l'appel à la majorité.

En appel devant cette Cour, l'appelant soutient que: (1) la directive aux termes de l'art. 21 du *Code* ne s'appuyait sur aucun élément de preuve; (2) le juge du procès n'a pas donné de directive au jury sur l'application, aux éléments de preuve, des principes juridiques régissant les parties à une infraction; (3) le juge du procès a commis une erreur en disant au jury qu'il devait évaluer le témoignage de l'appelant en fonction de ceux des autres témoins et devait choisir lequel il acceptait, réduisant ainsi le fardeau de la preuve; (4) le juge du procès n'a pas résumé de manière équitable et adéquate les éléments de preuve et la thèse de la défense; et (5) le juge du procès a omis d'expliquer au jury que le verdict de culpabilité doit être unanime relativement à l'un ou l'autre des autres moyens de commettre l'infraction de meurtre.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Il y avait des éléments de preuve qui justifiaient la présentation au jury de la seconde thèse du ministère public selon laquelle l'appelant était une partie à l'infraction au sens de l'art. 21 plutôt que l'auteur de celle-ci. Lorsqu'un seul accusé est jugé et que la preuve indique que plus d'une personne a participé à la perpétration de l'infraction, il convient aussi que le juge du procès donne au jury des directives concernant les dispositions de l'art. 21 du *Code*, même si on ignore l'identité de tout autre participant et même si le rôle précis de chaque participant est incertain. En l'espèce, il y a des éléments de preuve très solides qui relient l'appelant au crime. Il y a également certains éléments de preuve qui,

not commit the crime personally. The facts were for the jury, and the trial judge was correct not to preclude the jury from considering all the alternatives.

The trial judge adequately instructed the jury on the application of the legal principles of s. 21 to the evidence in the case. He accurately stated the law as to s. 21(1) and went through the evidence of each witness in turn. The fact that he did not carve his jury charge into discrete sections in which he reviewed the evidence consistent with appellant having personally committed the murder, appellant having committed the murder by means of s. 21(1), and, finally, appellant not having committed the murder at all, was not wrong. Much of the Crown's evidence was consistent with either Crown theory, and much of the defence evidence was consistent with either appellant's innocence or his guilt under s. 21(1).

The contention that the trial judge erred in putting the jurors to a choice between accepting the evidence of some witnesses or accepting appellant's evidence, thereby reducing the burden of proof, must fail. Although one passage of the trial judge's charge, if it stood alone, would be wrong in law, the charge, read as a whole, made it clear that the jury was not obliged to take a binary view of the evidence (accept or reject it) but had to give effect to reasonable doubt.

The trial judge adequately summarized the evidence or the theory of the defence. A trial judge is not required in his charge to paint in the details or to comment on every argument which has been used or to remind them of the whole of the evidence. Here, the gist of the appellant's complaint is that the trial judge revealed to the jurors his own perception of the accused's guilt, through undue emphasis on the Crown's evidence and inadequate summary of the defence. The defence evidence was simple and the Crown's case was complex, relying on circumstantial evidence from a large number of witnesses. It is simply inappropriate to try to measure the fairness of the charge by reference to quantity.

Per Dickson C.J. and Beetz, Estey, Wilson and Le Dain JJ.: The trial judge did not err in failing to instruct the jurors that they must be unanimous in the way in which the murder was committed. Section 21(1) of the *Criminal Code* is designed to make the difference between aiding and abetting and personally committing

si on y donne foi, indiquent qu'il n'a pas commis le crime personnellement. Le jury devait apprécier les faits et le juge du procès a eu raison de ne pas l'empêcher d'examiner toutes les possibilités.

a Le juge du procès a donné des directives adéquates au jury sur l'application des principes juridiques de l'art. 21 aux éléments de preuve en l'espèce. Il a donné un énoncé exact du droit relativement au par. 21(1) et a examiné le témoignage de chaque témoin l'un après l'autre. Il n'a pas commis d'erreur en ne séparant pas son exposé au jury en sections distinctes dans lesquelles il aurait passé en revue les éléments de preuve établissant que l'appellant a personnellement commis le meurtre, que l'appellant a commis le meurtre selon les termes du par. 21(1) et, finalement, que l'appellant n'a absolument pas commis le meurtre. De nombreux éléments de la preuve à charge sont compatibles avec l'une ou l'autre de ces thèses et de nombreux éléments de la preuve à décharge sont compatibles avec l'innocence de l'appellant ou avec sa culpabilité aux termes du par. 21(1).

L'argument selon lequel le juge du procès a commis une erreur en donnant aux jurés le choix d'accepter le témoignage de certains témoins ou d'accepter le témoignage de l'appellant, réduisant par le fait même le fardeau de la preuve, doit échouer. Bien qu'un passage de l'exposé du juge du procès, pris de façon isolée, fût erroné en droit, l'exposé, dans son ensemble, précisait que le jury n'était pas tenu d'adopter une opinion manichéenne en ce qui a trait aux éléments de preuve (les accepter ou les rejeter) mais devait appliquer la règle du doute raisonnable.

Le juge du procès a adéquatement résumé les éléments de preuve ou les arguments de la défense. Dans son exposé, il n'est pas tenu d'exposer en détail ou de commenter chaque argument qui a été utilisé ou de rappeler aux jurés l'ensemble de la preuve. En l'espèce, l'essentiel de la plainte de l'appellant porte que le juge du procès a révélé au jury sa propre perception de la culpabilité de l'accusé en accordant une importance indue aux éléments de la preuve à charge et en résumant de façon inadéquate la défense. La preuve à décharge était simple et celle à charge était complexe et se fondait sur des éléments de preuve circonstancielle fournis par un grand nombre de témoins. On ne peut tout simplement pas mesurer le caractère équitable de l'exposé en fonction du nombre d'éléments de preuve traités.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, Wilson et Le Dain: Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en ne donnant pas au jury des directives selon lesquelles il devait être unanime quant à la manière dont le meurtre avait été commis. Le paragraphe 21(1) du *Code criminel* est destiné à rendre juridiquement sans

an offence legally irrelevant. It provides that either mode of committing an offence is equally culpable and, indeed, that whether a person personally commits or only aids and abets, he is guilty of that offence—in this case, murder—and not some separate distinct offence. There is no need for the Crown to specify in the charge the nature of an accused's participation in the offence. Where there is evidence before a jury that points to an accused either committing a crime personally or, alternatively, aiding and abetting another to commit the offence, provided the jury is satisfied beyond a reasonable doubt that the accused did one or the other, it is a matter of indifference which alternative actually occurred. It follows that s. 21 precludes a requirement of jury unanimity as to the particular nature of the accused's participation in the offence.

Per Lamer J.: The Crown presented two factually inconsistent theories: that the appellant actually killed the deceased or that he aided and abetted the killer. The overwhelming mass of the evidence against the appellant, however, was consistent with both theories and pointed only to his participation in the murder. The jury could not have been convinced beyond a reasonable doubt of one theory to the exclusion of the other, but must have been convinced beyond a reasonable doubt that the appellant participated in the murder, either as principal or aider and abettor. Since s. 21(1) of the *Criminal Code* makes the distinction between participation as a principal and participation as aider and abettor legally irrelevant, it was not necessary for the jury to decide on the form of his participation and the jury was correct in convicting. But s. 21 does not always preclude a requirement of jury unanimity as to the particular nature of the accused's participation in the offence. Depending on the nature of the evidence presented by the Crown, the jury unanimity issue may arise in any case where the Crown alleges factually inconsistent theories, even if those theories relate to the particular nature of the accused's participation in the offence. If the Crown presents evidence which tends to inculcate the accused under one theory and exculpate him under the other, then the trial judge must instruct the jury that if they wish to rely on such evidence, then they must be unanimous as to the theory they adopt. Otherwise, the jury would be adding against the accused the inculpatio-

importance la différence entre le fait d'aider et d'encourager à commettre une infraction et le fait de la commettre personnellement. Il prévoit que chaque mode de perpétration d'une infraction entraîne la même culpabilité et, en fait, qu'une personne commette personnellement ou qu'elle aide ou encourage seulement, elle est coupable de cette infraction, en l'espèce, de meurtre, et non d'une quelconque infraction distincte. Il n'est pas nécessaire que le ministère public précise dans l'acte d'accusation la nature de la participation de l'accusé à l'infraction. Lorsque des éléments de preuve soumis à un jury indiquent qu'un accusé a commis un crime personnellement ou qu'il a aidé ou encouragé une autre personne à le commettre, pourvu que le jury soit convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a agi d'une manière ou de l'autre, il n'est pas important de savoir ce qui s'est réellement produit. Il en découle que l'art. 21 empêche d'exiger que le jury soit unanime quant à la nature précise de la participation de l'accusé à l'infraction.

Le juge Lamer: Le ministère public a présenté deux thèses incompatibles relativement aux faits: que l'appellant a réellement tué la victime ou qu'il a aidé ou encouragé le tueur. Toutefois, le très grand nombre d'éléments de preuve contre l'appellant était compatible avec les deux thèses et n'indiquait que sa participation au meurtre. Le jury n'a pas pu être convaincu hors de tout doute raisonnable de retenir une thèse et de rejeter l'autre, mais a nécessairement été convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appellant a participé au meurtre, soit à titre d'auteur d'une infraction soit comme personne qui a aidé ou encouragé quelqu'un à la commettre. Étant donné que le par. 21(1) du *Code criminel* fait en sorte que la distinction entre la participation à titre d'auteur et la participation à titre de personne qui aide et encourage est sans importance du point de vue juridique, il n'est pas nécessaire que le jury se prononce sur la forme de sa participation et le jury a eu raison de déclarer l'accusé coupable. Toutefois, l'art. 21 n'empêche pas nécessairement d'exiger que le jury soit unanime quant à la nature particulière de la participation de l'accusé à l'infraction. Selon la nature des éléments de preuve présentés par le ministère public, la question de l'unanimité du jury peut surgir dans tous les cas où le ministère public soutient des thèses incompatibles sur le plan des faits, même si ces thèses se rapportent à la nature particulière de la participation de l'accusé à l'infraction. Si le ministère public présente des éléments de preuve qui tendent à inculper l'accusé en vertu d'une thèse et de le disculper en vertu de l'autre, alors le juge du procès doit dire aux jurés que s'ils veulent se fonder sur ces éléments de preuve, ils doivent alors être unanimes quant à la thèse qu'ils adoptent.

ry elements of evidence which cannot stand together because they are inconsistent.

Per La Forest J.: Although alternative theories of culpability were advanced by the Crown, there were ample grounds for the jury to find appellant guilty beyond a reasonable doubt while remaining unsure whether he had committed the murder himself or through another person. But there may be cases where the interrelationship between competing Crown theories and the evidence adduced in relation thereto will not justify a verdict of guilt. In each case, therefore, it will be for the trial judge, having regard to the nature of the offence, the theories of the parties, and the totality of the evidence, to realistically assess the possibility that the evidence will be used improperly, and to direct the jury accordingly. The present, however, is not such a case.

Section 21 of the *Criminal Code* is merely one example of a situation where the Crown is relying on alternative theories of culpability to found an accused's guilt. The fact that s. 21 makes the particular nature of the accused's involvement in an offence legally irrelevant does not in and of itself justify conviction on the basis of mutually exclusive or alternative theories of culpability.

Cases Cited

Considered: *R. v. Harder*, [1956] S.C.R. 489; *Chow Bew v. The Queen*, [1956] S.C.R. 124; *R. v. Brown* (1984), 79 Cr. App. R. 115; *R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443; **referred to:** *R. v. Clayton-Wright* (1948), 33 Cr. App. R. 22; *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570; *R. v. Folkes and Ludds* (1832), 1 Mood. 354, 168 E.R. 1301; *R. v. Swindall and Osborne* (1846), 2 Car. & K. 230, 175 E.R. 95; *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257; *R. v. Tuckey* (1985), 46 C.R. (3d) 97; *R. v. Isaac*, [1984] 1 S.C.R. 74; *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *R. v. Govedarov, Popovic and Askov* (1974), 16 C.C.C. (2d) 238; *R. v. Smith* (1876), 38 U.C.Q.B. 218.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21, 205(5)(a), 212(a)(i), 214(1) [am. 1973-74, c. 38, s. 2; 1974-75-76, c. 105, s. 4], (2) [am. R.S.C. 1970, c. C-35, s. 4(1)(a); 1973-74, c. 38, ss. 2, 10, 11; 1974-75-76, c. 105, s. 4], (3) [am. 1973-74, c. 38, s. 2; 1974-75-76, c. 105, s. 4], 218(1) [am. 1973-74, c. 38, s. 3(1); 1974-75-76, c. 105, s. 5], 421, 423 [am. 1974-75-76, c. 93, s. 36; 1980-81-82-83, c. 125, s. 23], 516(1)(f),

Sans cela, le jury pourrait faire peser contre l'accusé des éléments de preuve incriminants qui ne peuvent coexister parce qu'ils sont incompatibles.

Le juge La Forest: Même si deux thèses possibles de culpabilité ont été soumises par le ministère public, il y avait de solides motifs pour le jury de conclure que l'appelant était coupable hors de tout doute raisonnable tout en ne sachant pas avec certitude s'il avait commis le meurtre lui-même ou s'il l'avait fait commettre par une autre personne. Cependant, il peut y avoir des cas où la corrélation entre les thèses concurrentes du ministère public et les éléments de preuve soumis ne justifieront pas un verdict de culpabilité. C'est pourquoi, dans chaque cas, il appartient au juge du procès, compte tenu de la nature de l'infraction, des thèses des parties et de l'ensemble de la preuve, d'évaluer de manière réaliste les possibilités que la preuve soit mal utilisée et d'instruire le jury en conséquence. Toutefois, tel n'est pas le cas en l'espèce.

L'article 21 du *Code criminel* constitue simplement un exemple de situation où le ministère public invoque deux thèses possibles pour fonder la culpabilité d'un accusé. Le fait que, selon l'art. 21, la nature particulière de la participation de l'accusé à une infraction soit sans importance sur le plan juridique, ne justifie pas en soi une déclaration de culpabilité fondée sur deux thèses de culpabilité possibles ou mutuellement exclusives.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. v. Harder*, [1956] R.C.S. 489; *Chow Bew v. The Queen*, [1956] R.C.S. 124; *R. v. Brown* (1984), 79 Cr. App. R. 115; *R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443; **arrêts mentionnés:** *R. v. Clayton-Wright* (1948), 33 Cr. App. R. 22; *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570; *R. v. Folkes and Ludds* (1832), 1 Mood. 354, 168 E.R. 1301; *R. v. Swindall and Osborne* (1846), 2 Car. & K. 230, 175 E.R. 95; *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257; *R. v. Tuckey* (1985), 46 C.R. (3d) 97; *R. c. Isaac*, [1984] 1 R.C.S. 74; *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *R. v. Govedarov, Popovic and Askov* (1974), 16 C.C.C. (2d) 238; *R. v. Smith* (1876), 38 U.C.Q.B. 218.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21, 205(5)a, 212a(i), 214(1) [mod. 1973-74, chap. 38, art. 2; 1974-75-76, chap. 105, art. 4], (2) [mod. S.R.C. 1970, chap. C-35, art. 4(1)a]; 1973-74, chap. 38, art. 2, 10, 11; 1974-75-76, chap. 105, art. 4], (3) [mod. 1973-74, chap. 38, art. 2; 1974-75-76, chap. 105, art. 4], 218(1) [mod. 1973-74, chap. 38, art. 3(1); 1974-75-76, chap. 105, art. 5], 421, 423 [mod.

613(1)(b)(iii), 618(1)(a) [am. 1974-75-76, c. 105, s. 18].

Authors Cited

Archbold, John Frederick. *Archbold's Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases*, 33rd ed. By T. R. Fitzwalter Butler and Marston Garsia. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1954.

East, Edward Hyde. *Pleas of the Crown*, vol. 1. London: A. Strahan, King's Printer, 1803.

Gelowitz, Mark A. "The *Thatcher* Appeal: A Question of Unanimity" (1986), 49 C.R. (3d) 129.

MacKinnon, Peter. "Jury Unanimity: A Reply to Gelowitz and Stuart" (1986), 51 C.R. (3d) 134.

Russel, Sir William Oldnall. *Russell on Crime*, 10th ed. By J. W. Cecil Turner. London: Stevens & Sons Ltd., 1950.

Taschereau, Henri Elzéar. *The Criminal Code of the Dominion of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1893.

Williams, Glanville. "Alternative Elements and Included Offences," [1984] *C.L.J.* 290.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1986), 46 Sask. R. 241, 24 C.C.C. (3d) 449, [1986] 2 W.W.R. 97, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder. Appeal dismissed.

Gerald N. Allbright, Q.C., and *Mark Brayford*, for the appellant.

Serge Kujawa, Q.C., and *D. Murray Brown*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, Estey, Wilson and Le Dain J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—On May 7, 1984, Colin Thatcher was arrested and charged with causing the death of his ex-wife, JoAnn Kay Wilson. After a fourteen-day trial before judge and jury, he was convicted of first degree murder and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for twenty-five years. An appeal to the Saskatchewan Court of Appeal was dismissed (Vancise J.A. dissenting) (1986), 46 Sask. R. 241, 24 C.C.C. (3d) 449, [1986] 2 W.W.R. 97. Colin Thatcher now

1974-75-76, chap. 93, art. 36; 1980-81-82-83, chap. 125, art. 23], 516(1)f), 613(1)b)(iii), 618(1)a) [mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 18].

Doctrine citée

Archbold, John Frederick. *Archbold's Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases*, 33rd ed. By T. R. Fitzwalter Butler and Marston Garsia. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1954.

East, Edward Hyde. *Pleas of the Crown*, vol. 1. London: A. Strahan, King's Printer, 1803.

Gelowitz, Mark A. «The *Thatcher* Appeal: A Question of Unanimity» (1986), 49 C.R. (3d) 129.

MacKinnon, Peter. «Jury Unanimity: A Reply to Gelowitz and Stuart» (1986), 51 C.R. (3d) 134.

Russel, Sir William Oldnall. *Russell on Crime*, 10th ed. By J. W. Cecil Turner. London: Stevens & Sons Ltd., 1950.

Taschereau, Henri Elzéar. *The Criminal Code of the Dominion of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1893.

Williams, Glanville. «Alternative Elements and Included Offences,» [1984] *C.L.J.* 290.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1986), 46 Sask. R. 241, 24 C.C.C. (3d) 449, [1986] 2 W.W.R. 97, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

Gerald N. Allbright, c.r., et *Mark Brayford*, pour l'appellant.

Serge Kujawa, c.r., et *D. Murray Brown*, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF—Le 7 mai 1984, Colin Thatcher a été arrêté et accusé d'avoir causé la mort de son ex-épouse, JoAnn Kay Wilson. Après un procès de quatorze jours devant un juge et un jury, il a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et condamné à la prison à perpétuité sans être admissible à la libération conditionnelle avant vingt-cinq ans. L'appel interjeté à la Cour d'appel de la Saskatchewan a été rejeté (le juge Vancise étant dissident) (1986), 46 Sask. R. 241, 24 C.C.C. (3d) 449, [1986] 2 W.W.R. 97. Colin Thatcher s'adresse maintenant à cette Cour pour

appears before this Court requesting that the jury's guilty verdict be set aside.

The position of the Crown throughout the trial was that Mr. Thatcher had murdered Mrs. Wilson or alternatively that he caused someone else to do so and was therefore guilty as a party to the offence pursuant to s. 21 of the *Criminal Code*. Mr. Gerald N. Allbright, counsel for Mr. Thatcher, advances a number of grounds of appeal in his factum: (i) that there existed no evidentiary basis for a direction pursuant to s. 21 of the *Code*; (ii) that the trial judge erred in failing to direct the jury on the application of the legal principles of parties to an offence to the evidence of the case; (iii) that the trial judge failed to summarize fairly and adequately the evidence and the theory of the defence; (iv) that the trial judge erred in directing the jury to weigh the evidence of Mr. Thatcher against the evidence of other witnesses and to choose which they accepted, thereby reducing the burden of proof; and (v) that the Saskatchewan Court of Appeal erred in ruling that the curative provision found in s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* could be resorted to in the circumstances of the case. These were all grounds in respect of which there was dissent in the Court of Appeal of Saskatchewan, thereby giving rise to an appeal to this Court as of right, pursuant to s. 618(1)(a) of the *Code*.

Another ground of appeal, in my view of more substance than those just described, was also argued by counsel for Mr. Thatcher. It was not the subject of a dissent in the Court of Appeal and was unanimously dismissed by that Court. Leave to argue this ground was sought from this Court, and was granted. Counsel contended that the trial judge erred in failing to instruct the jury that a verdict of guilty must be unanimous in relation to one or other of the alternative means of committing the offence of murder. The effect of the argument, in the circumstances of this case, was that in order to find Mr. Thatcher guilty of murder, the jury had to be unanimous that he intentionally killed his former wife or, alternatively, that he aided or abetted another person or

demander l'annulation du verdict de culpabilité rendu par le jury.

Tout au long du procès, le ministère public a soutenu que M. Thatcher a assassiné M^{me} Wilson ou, subsidiairement, qu'il l'a fait assassiner par quelqu'un d'autre, et qu'il était par conséquent coupable à titre de partie à l'infraction conformément à l'art. 21 du *Code criminel*. L'avocat de M. Thatcher, M^e Gerald N. Allbright, soumet un certain nombre de moyens d'appel dans son mémoire: (i) la directive aux termes de l'art. 21 du *Code* ne s'appuyait sur aucun élément de preuve; (ii) le juge du procès a commis une erreur en ne donnant pas au jury de directive sur l'application, aux éléments de preuve de l'espèce, des principes juridiques des parties à une infraction; (iii) le juge du procès n'a pas résumé de manière équitable et adéquate les éléments de preuve et la thèse de la défense; (iv) le juge du procès a commis une erreur en disant au jury qu'il devait évaluer le témoignage de M. Thatcher en fonction de ceux des autres témoins et devait choisir lequel il acceptait, réduisant ainsi le fardeau de la preuve; et (v) la Cour d'appel de la Saskatchewan a commis une erreur en décidant que, dans les circonstances de l'espèce, on pouvait recourir à la disposition curative du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*. Tous ces moyens ont fait l'objet d'une dissidence en Cour d'appel de la Saskatchewan, donnant ainsi lieu à un pourvoi de plein droit devant cette Cour, conformément à l'al. 618(1)(a) du *Code*.

Un autre moyen d'appel qui, à mon avis, est mieux fondé que ceux que je viens de décrire, a également été soulevé par l'avocat de M. Thatcher. Il n'a pas fait l'objet d'une dissidence en Cour d'appel et a été rejeté à l'unanimité par cette cour. On a demandé à cette Cour l'autorisation d'invoquer ce moyen et elle a été accordée. L'avocat a soutenu que le juge du procès a commis une erreur en n'instruisant pas le jury qu'un verdict de culpabilité doit être unanime relativement à l'un ou l'autre des autres moyens de commettre l'infraction de meurtre. Il résultait de cet argument, dans les circonstances de l'espèce, que pour déclarer M. Thatcher coupable de meurtre, le jury devait conclure à l'unanimité qu'il avait intentionnellement tué son ex-épouse ou, subsidiairement, qu'il

persons in her killing; it was simply not sufficient that some members of the jury would hold to one theory and other members would hold to the other theory. That, as I see it, is the principal issue in this appeal.

avait aidé ou encouragé une autre personne ou d'autres personnes à commettre le meurtre; il n'était simplement pas suffisant que certains jurés s'en tiennent à une thèse et d'autres à l'autre thèse.
 a À mon avis, il s'agit de la question principale qui est soulevée dans le présent pourvoi.

I

The Facts(i) *Introductory*

Having met as students at the University of Iowa, Colin Thatcher and his former wife JoAnn were married on August 12, 1962. After their marriage, they returned to Saskatchewan. They took up residence in Moose Jaw. Mr. Thatcher, the son of a one-time member of Parliament and Premier of Saskatchewan, developed over the years an active and successful career as rancher, farmer and politician, serving for a time as Minister of Energy and Mines in a Progressive Conservative Government of Saskatchewan. Three children, Greg, Regan and Stephanie, were born of the marriage. Thatcher admitted to infidelity during the course of the marriage. The couple separated in August 1979. JoAnn, taking the two youngest children with her, left Moose Jaw with Mr. Thatcher's best friend, Ron Graham. Relations between the estranged spouses became increasingly bitter and acrimonious as they fought a long, hotly contested series of custody, access and matrimonial property battles. Colin Thatcher became obsessed. At one juncture he spirited Regan out of the country, and was found in contempt and ordered to pay a substantial fine. JoAnn's matrimonial property entitlement was initially held to amount to \$820,000 but the judgment was immediately appealed. In 1980, the Thatchers were divorced. In January 1981, JoAnn married Mr. Tony Wilson and moved into a house located across the street from the Legislative Buildings in Regina.

I

b Les faits(i) *Introduction*

Colin Thatcher et son ex-épouse JoAnn se sont rencontrés alors qu'ils étaient étudiants à l'Université de l'Iowa et il se sont mariés le 12 août 1962. Après leur mariage, ils sont retournés en Saskatchewan. Ils se sont établis à Moose Jaw. Monsieur Thatcher, fils d'un ancien député et premier ministre de la Saskatchewan, a connu au cours des ans une carrière active et fructueuse à titre de propriétaire de ranch, de fermier et de politicien, occupant pendant un certain temps le poste de ministre de l'Énergie et des Mines au sein d'un gouvernement progressiste-conservateur en Saskatchewan. Trois enfants, Greg, Regan et Stephanie sont issus du mariage. Monsieur Thatcher a admis avoir été infidèle au cours du mariage. Le couple s'est séparé en août 1979. JoAnn a quitté Moose Jaw avec Ron Graham, le meilleur ami de M. Thatcher, en amenant avec elle ses deux plus jeunes enfants. Les rapports entre les époux séparés sont devenus de plus en plus amers et acerbes à mesure qu'ils se sont livrés une longue série de batailles juridiques âprement contestées portant sur la garde des enfants, les droits de visite et les biens matrimoniaux. Colin Thatcher est devenu obsédé. À un certain moment, il a fait sortir Regan du pays et a été reconnu coupable d'outrage au tribunal et condamné à payer une amende importante. On a d'abord jugé que le droit aux biens matrimoniaux de JoAnn s'élevait à 820 000 \$, mais le jugement a immédiatement été porté en appel. Les Thatcher ont divorcé en 1980. En janvier 1981, JoAnn a épousé M. Tony Wilson et a déménagé à Regina dans une maison située en face des édifices de l'Assemblée législative.

(ii) *The Spring of 1981*

On the evening of Sunday, May 17, 1981 JoAnn Wilson was shot and wounded while in the kitchen of her home. A bullet fired from a high-powered rifle passed through a triple glaze glass window and struck her in the shoulder. She was hospitalized for about three weeks. The evidence was that JoAnn Wilson was terrified by this attempt on her life. After the shooting, she gave up her right to custody of Regan and, a year later, agreed to accept approximately one half of the original court award, spread over five years. No one was charged with the May 17, 1981 incident.

(iii) *January 21, 1983*

At about 6 o'clock in the evening of January 21, 1983, JoAnn Wilson came home, drove into the garage of her home and was ferociously beaten and then shot to death. Twenty-seven wounds were inflicted on her head, neck, hands and lower legs. The injuries included a broken arm, a fracture of the wrist and a severed little left finger. A single bullet entered her skull causing death.

Mr. Craig Dotson testified as to the finding of the body. He stated that he left work at the Legislative Buildings shortly before 6:00 p.m. on January 21, 1983, and was walking home when he noted a green car with a female driver turn into the garage at the Wilson residence. He continued walking for about a block. He heard loud shrill screams behind him. He turned back to investigate. He heard a single loud sharp noise and then silence. As he approached a lane near the Wilson garage he saw a man emerge from the garage. He did not pay any particular attention. It was dark. He was 30 to 40 feet from the individual. He walked a little further and saw a body in a pool of blood on the floor of the garage.

Mr. Dotson told the police he thought the man he momentarily observed had a beard, was about thirty years old, five foot nine to five foot eleven in height, and of medium build. A composite sketch

(ii) *Le printemps 1981*

Dans la soirée du dimanche 17 mai 1981, JoAnn Wilson a été blessée par un coup de feu tiré dans sa direction alors qu'elle se trouvait dans sa cuisine. Une balle tirée d'une carabine de puissant calibre a traversé une vitre à trois épaisseurs et l'a atteinte à l'épaule. Elle a été hospitalisée pendant environ trois semaines. La preuve révèle que JoAnn Wilson a été terrifiée par cet attentat à sa vie. Après cet événement, elle a abandonné son droit de garde à l'égard de Regan et un an plus tard, elle a convenu d'accepter environ la moitié du montant initial accordé par la cour, dont le versement serait réparti sur une période de cinq ans. Personne n'a été accusé en rapport avec l'incident du 17 mai 1981.

(iii) *Le 21 janvier 1983*

Vers 18 h le 21 janvier 1983, JoAnn Wilson est rentrée chez elle et s'est engagée dans le garage de sa maison où elle a été sauvagement battue et tuée par un coup de feu. Elle a subi vingt-sept blessures à la tête, au cou, aux mains et au bas des jambes. Les blessures comprenaient une fracture du bras, une fracture du poignet et le sectionnement de l'auriculaire gauche. Une seule balle a pénétré dans son crâne, causant la mort.

Monsieur Craig Dotson a témoigné sur la façon dont il avait découvert le corps. Il a déclaré avoir quitté son travail à l'Assemblée législative peu avant 18 h le 21 janvier 1983 pour s'en retourner chez lui à pied lorsqu'il a remarqué une voiture verte conduite par une femme s'engager dans le garage de la résidence des Wilson. Il a continué à marcher jusqu'à la rue suivante. Il a entendu des cris aigus qui venaient de derrière lui. Il est revenu sur ses pas pour voir ce qui se passait. Il a entendu un seul coup net et fort puis ce fut le silence. Comme il s'approchait d'une allée près du garage des Wilson il a vu un homme en sortir. Il n'y a pas prêté une attention particulière. Il faisait noir. Il était à environ 30 ou 40 pieds de l'individu. Il s'est avancé un peu plus et a aperçu un corps qui gisait dans une mare de sang sur le plancher du garage.

Monsieur Dotson a déclaré à la police qu'il croyait que l'homme qu'il avait momentanément observé portait une barbe, était âgé d'environ trente ans, mesurait entre cinq pieds neuf et cinq

prepared by the police with Mr. Dotson's aid did not fit Colin Thatcher, whom Mr. Dotson knew as a member of the Saskatchewan Legislative Assembly.

II

The Pre-trial Proceedings

As stated, Mr. Thatcher was arrested on May 7, 1984 and was charged that he did unlawfully cause the death of JoAnn Wilson contrary to s. 218 of the *Criminal Code*. Section 218(1) of the *Code* provides:

218. (1) Every one who commits first degree murder or second degree murder is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to imprisonment for life.

Sections 205(5)(a) and 212(a)(i) of the *Code* define culpable homicide and murder, respectively. Section 205(5)(a) states:

205. ...

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(a) by means of an unlawful act.

Section 212(a)(i) provides:

212. Culpable homicide is murder

(a) where the person who causes the death of a human being

(i) means to cause his death

Section 214 classifies murder into two types:

214. (1) Murder is first degree murder or second degree murder.

(2) Murder is first degree murder when it is planned and deliberate.

(3) Without limiting the generality of subsection (2), murder is planned and deliberate when it is committed pursuant to an arrangement under which money or anything of value passes or is intended to pass from one person to another, or is promised by one person to another, as consideration for that other's causing or assisting in causing the death of anyone or counselling or procuring another person to do any act causing or assisting in causing that death.

A preliminary inquiry was held in Regina, Saskatchewan, from the 25th to the 28th of June,

pieds onze pouces et était de carrure moyenne. Un portrait-robot préparé par la police avec l'aide de M. Dotson ne correspondait pas à Colin Thatcher que M. Dotson connaissait comme député de l'Assemblée législative de la Saskatchewan.

II

Les procédures préparatoires au procès

Comme je l'ai mentionné, M. Thatcher a été arrêté le 7 mai 1984 et a été accusé d'avoir causé la mort de JoAnn Wilson contrairement à l'art. 218 du *Code criminel*. Voici le texte du par. 218(1) du *Code*:

218. (1) Quiconque commet un meurtre au premier degré ou un meurtre au deuxième degré est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à l'emprisonnement à perpétuité.

L'alinéa 205(5)a) et le sous-al. 212a)(i) du *Code* définissent respectivement l'homicide coupable et le meurtre. L'alinéa 205(5)a) prévoit:

205. ...

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain,

a) au moyen d'un acte illégal,

Voici le texte du sous-al. 212a)(i):

212. L'homicide coupable est un meurtre

a) lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain

(i) a l'intention de causer sa mort,

L'article 214 classifie le meurtre en deux catégories:

214. (1) Il existe deux catégories de meurtres: ceux du premier degré et ceux du deuxième degré.

(2) Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation.

(3) Sans restreindre la généralité du paragraphe (2), est assimilé au meurtre au premier degré quant aux parties intéressées, le meurtre commis à la suite d'une entente dont la contrepartie matérielle, notamment financière, était proposée ou promise en vue d'en encourager la perpétration ou la complicité par assistance, incitation ou fourniture de conseils.

Une enquête préliminaire a été tenue à Regina (Saskatchewan) du 25 au 28 juin 1984, à la suite

1984, following which Mr. Thatcher was committed to stand trial as charged. An indictment was ultimately preferred in the Court of Queen's Bench for the province of Saskatchewan. In August 1984, an application was taken to the Court of Queen's Bench requesting a change of venue and the Court directed that the trial be held at the City of Saskatoon.

In September 1984, prior to the commencement of trial, defence counsel launched a motion to the trial judge seeking an order directing the Crown to furnish particulars to the accused "to further describe the means by which the accused is alleged to have caused the death of JoAnn Kay Wilson". This order was sought pursuant to s. 516(1)(f) of the *Code*. The defence also sought an order "directing disclosure by the prosecutor of all intercepted private communications to which the accused is in any way a party, or which relate in any way to the telephone or telephones of any residence or other buildings used or frequented by the accused, or which relate directly or indirectly to the charge facing the accused." The judge, dismissing the first application (reported at (1984), 42 C.R. (3d) 259), relied upon the judgment of Martin J.A. in *R. v. Govedarov, Popovic and Askov* (1974), 16 C.C.C. (2d) 238 (Ont. C.A.), and adopted the following passages from that judgment, at pp. 269-70, as a correct statement of the law:

The indictment had been preceded by a preliminary hearing lasting several days. Clearly, the purpose of the application for particulars was not to require the prosecution to provide the accused with additional details with respect to matters referred to in the indictment in order that the accused might be more fully informed of the act or omission charged against them but was to restrict the prosecution to reliance on a part only of the definition of murder contained in the *Criminal Code*.

He concluded at p. 265:

From the foregoing authorities I am satisfied that the accused is not entitled to an order for the particulars he seeks. If there is evidence upon which a properly

de laquelle M. Thatcher a été renvoyé à son procès conformément aux accusations. Un acte d'accusation a finalement été déposé devant la Cour du Banc de la Reine de la province de la Saskatchewan. En août 1984, une demande a été présentée devant la Cour du Banc de la Reine en vue d'obtenir le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription territoriale et la cour a ordonné que le procès soit tenu dans la ville de Saskatoon.

En septembre 1984, avant le début du procès, l'avocat de la défense a demandé au juge du procès de rendre une ordonnance enjoignant au ministère public de fournir à l'accusé des détails [TRADUCTION] «décrivant davantage les moyens par lesquels l'accusé aurait causé la mort de JoAnn Kay Wilson». Cette ordonnance a été demandée conformément à l'al. 516(1)f du *Code*. La défense a également demandé une ordonnance [TRADUCTION] «enjoignant à la poursuite de divulguer toutes les communications privées interceptées auxquelles l'accusé est de quelque manière partie ou qui se rapportent de quelque manière au(x) téléphone(s) d'une résidence ou d'autres immeubles utilisés ou fréquentés par l'accusé ou qui se rapportent directement ou indirectement à l'accusation portée contre l'accusé.» Le juge, en rejetant la première demande (décision publiée à (1984), 42 C.R. (3d) 259), s'est fondé sur les motifs du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Govedarov, Popovic and Askov* (1974), 16 C.C.C. (2d) 238 (C.A. Ont.), et a adopté les passages suivants de ce jugement aux pp. 269 et 270, à titre d'énoncé du droit applicable:

[TRADUCTION] L'acte d'accusation a été précédé d'une enquête préliminaire qui a duré plusieurs jours. De toute évidence, la demande de détails n'avait pas pour but d'exiger que la poursuite fournisse aux accusés des détails supplémentaires relativement aux questions visées dans l'acte d'accusation pour qu'ils soient mieux informés de l'acte ou de l'omission dont ils étaient inculpés, mais avait pour but d'obliger la poursuite à se fonder sur une partie seulement de la définition de meurtre contenue dans le *Code criminel*.

Il conclut à la p. 265:

[TRADUCTION] D'après la doctrine et la jurisprudence précitées, je suis convaincu que l'accusé n'a pas droit à une ordonnance en ce qui concerne les détails

instructed jury could find that the accused committed the offence or that he was a party to the commission of an offence by a person or persons unknown, it must be left to the jury to make either of such findings and their right to do so may not be restricted by an order for particulars. The application for particulars is accordingly dismissed.

The trial judge, on the second application, for disclosure of intercepted private communications, granted such disclosure in part.

III

The Case for the Crown

At trial, the case for the Crown rested upon an evidential base of both direct and circumstantial evidence, which I will now seek to summarize:

(i) *The Apparent Surveillance Prior to the Killing*

Margaret Johannsson testified that she observed a car parked almost directly opposite the Wilson garage on the day before the killing. The motor was not running. The lights were out. A male individual was seated behind the wheel. The car was blue in colour and had what appeared to be a government safety sticker on the back bumper.

Joan Hasz testified that she observed a blue car parked opposite the house in which she was employed (a block west of the Wilson residence) on the three afternoons preceding the killing. The car was placed so that it could command an unobstructed view of the Wilson garage. It was occupied by a single male. The motor was not running. This upset Mrs. Hasz and she informed her employer, Mr. Adams, who watched the car for fifteen minutes. As Mrs. Hasz left for home she decided to look at the license but could only read the numbers as the letters were covered with mud. She memorized the numbers 292 and repeated them as she drove home. When she arrived, she wrote them down. The occupant of the vehicle was described as a relatively young male of medium build with a beard, wearing a toque and what

qu'il cherche à obtenir. S'il y a des éléments de preuve qui permettraient à un jury qui a reçu des directives appropriées de conclure que l'accusé a commis l'infraction ou qu'il était partie à la perpétration d'une infraction commise par une seule ou plusieurs personnes inconnues, il faut laisser au jury le soin de tirer l'une ou l'autre de ces conclusions et son droit de le faire ne peut pas être restreint par une ordonnance visant à obtenir des détails. Par conséquent, la demande de détails est rejetée.

Le juge du procès a accueilli en partie la seconde demande qui visait à obtenir la divulgation des communications privées interceptées.

III

La preuve du ministère public

Au procès, l'argumentation du ministère public se fondait sur des éléments de preuve directe et circonstancielle, que je vais maintenant tenter de résumer:

(i) *La surveillance apparente avant le meurtre*

Margaret Johannsson a témoigné qu'elle avait observé une voiture stationnée presque directement en face du garage des Wilson la veille du meurtre. La voiture était à l'arrêt, contact coupé et tous feux éteints. Une personne de sexe masculin était au volant. La voiture était bleue et portait sur le pare-chocs arrière ce qui paraissait être un autocollant sur la prévention routière.

Joan Hasz a déposé qu'elle a observé une voiture bleue stationnée en face de la maison où elle travaillait (une rue à l'ouest de la résidence des Wilson) les trois après-midi qui ont précédé le meurtre. La voiture était placée de manière à avoir une vue directe du garage des Wilson. Elle était occupée par une personne de sexe masculin. Le moteur était arrêté. Cela a tracassé M^{me} Hasz et elle en a informé son employeur, M. Adams, qui a observé la voiture pendant quinze minutes. Lorsque M^{me} Hasz est rentrée à la maison, elle a décidé de regarder la plaque d'immatriculation mais n'a pu lire que les chiffres car les lettres étaient couvertes de boue. Elle a mémorisé le chiffre 292 et l'a répété en se rendant chez elle. Arrivée à la maison, elle l'a noté par écrit. L'occupant du véhicule a été décrit comme une personne de sexe

appeared to be rubber or surgical gloves. A police composite of the person Mrs. Hasz and Mr. Adams described did not fit Mr. Thatcher. One of the admissions of fact made on behalf of the accused was this: a 1980 Olds Delta 88 automobile bearing Saskatchewan license plate KDW 292 and owned by the Government of Saskatchewan was on January 10, 1983 checked out from the Central Vehicle Agency, Regina, to W. Colin Thatcher and remained checked out to him until it was picked up by the Regina City Police on January 27, 1983.

The witness Charles Guillaum testified that, at a much earlier date, on the appellant's instructions he returned a government car to the government garage. Under the front seat of that car he found a holster for a handgun which he turned over to the Regina City Police.

(ii) *The Credit Card*

During their investigation immediately following the killing the police found a Shell Oil credit card receipt lying on top of the snow some eight feet from the southeast door of the garage. The receipt bore what appeared to be the signature of Colin Thatcher. The owner of the service station confirmed the purchase by Mr. Thatcher of gasoline from J. & M. Shell Service in Caron, Saskatchewan on January 18, 1983.

(iii) *The Gun and the Bullet*

According to expert police testimony, JoAnn Wilson was probably struck in the head with a .38 Special Plus P, aluminum-jacketed, 95 grain bullet manufactured by Winchester. The bullet was probably fired from a .38 Special or .357 Magnum Ruger revolver. The murder weapon was never found. The proprietor of a gun shop in Palm Springs, California, Ronald Williams, testified that on January 29, 1982 he sold Colin Thatcher a .357 calibre Ruger revolver. Thatcher picked up the gun along with a holster and ammunition on February 20, 1982. The ammunition consisted of two boxes of Winchester western .38 calibre Spe-

masculin relativement jeune, de carrure moyenne avec une barbe, portant une toque et ce qui semblait être des gants de caoutchouc ou de chirur-
gien. Un portrait-robot de la personne que
M^{me} Hasz et M. Adams ont décrite ne correspond
pas à M. Thatcher. L'un des aveux sur une ques-
tion de fait effectués pour le compte de l'accusé est
le suivant: une automobile de marque Olds Delta
88 de 1980 portant la plaque d'immatriculation de
la Saskatchewan KDW 292 et qui est la propriété
du gouvernement de la Saskatchewan a été, le 10
janvier 1983, empruntée de la Central Vehicle
Agency de Regina au nom de W. Colin Thatcher
et est demeurée inscrite à ce nom jusqu'à ce que la
police de la ville de Regina la retrouve le 27
janvier 1983.

Le témoin Charles Guillaum a déposé que beau-
coup plus tôt, à la demande de l'appelant, il avait
ramené une voiture du gouvernement au garage du
gouvernement. Sous la banquette avant de cette
voiture, il avait trouvé un étui de pistolet qu'il a
remis à la police de Regina.

(ii) *La carte de crédit*

Au cours de l'enquête qui a suivi immédiate-
ment le meurtre, les policiers ont trouvé un reçu
d'une carte de crédit Shell Oil sur la neige à
environ huit pieds de la porte sud-est du garage.
Le reçu portait ce qui paraissait être la signature
de Colin Thatcher. Le propriétaire de la station-
service a confirmé que M. Thatcher avait acheté
de l'essence chez J. & M. Shell Service à Caron
(Saskatchewan), le 18 janvier 1983.

(iii) *Le pistolet et la balle*

Selon le témoignage de l'expert de la police,
JoAnn Wilson a probablement été atteinte à la
tête par une balle de calibre .38 Special Plus P de
95 grains à blindage en aluminium fabriquée par
Winchester. La balle a probablement été tirée au
moyen d'un revolver .38 Special ou Ruger .357
Magnum. On n'a jamais trouvé l'arme qui a servi
à commettre le meurtre. Ronald Williams, le pro-
priétaire d'une armurerie à Palm Springs (Califor-
nie) a déposé que, le 29 janvier 1982, il a vendu à
Colin Thatcher un revolver Ruger de calibre .357.
Thatcher est passé prendre le pistolet avec un étui
et des balles le 20 février 1982. Les munitions

cial Plus P silver tip hollow point shells and two bags of reloaded ammunition. The Winchester ammunition had a bullet with an aluminum jacket and a lead core. The witness also identified the holster found by the witness, Guillaum, as being consistent with the holster he sold to Colin Thatcher.

(iv) *The Evidence of Lynn Mendell*

The Crown also called Lynn Mendell, of Palm Springs, California, a former girlfriend of Colin Thatcher. Ms. Mendell described the bitterness Thatcher constantly expressed about JoAnn Wilson, and how he maintained many times that he wanted to kill her or arrange with someone to do it for him. She testified that this was on his mind all the time. According to Ms. Mendell, Thatcher told her he had met with someone in Saskatchewan whom he wanted to hire to kill JoAnn Wilson. He eventually told her the plan fell through but that he would have to go about it one way or another. These conversations took place in late 1980 and early 1981.

Lynn Mendell also told the Court that in May of 1981 Thatcher phoned and told her his ex-wife had been shot and wounded. She testified that when he came down to Palm Springs a few days later, he told her someone had rented a car for him; that he, Thatcher, wore a disguise; and that he had staked out an area that was visually accessible but, because he did not gauge the thickness of the glass, the bullet deflected and struck JoAnn Wilson on the shoulder. According to Ms. Mendell, he told her:

Gee, I didn't gauge the thickness of the glass so the bullet obviously deflected because I only got her in the shoulder.

She also stated that Thatcher told her he left Regina and ran into roadblocks; that he went out into the fields where he got rid of the gun, the wig, and the overalls and then made his way back to Moose Jaw. According to Ms. Mendell, the only

étaient constituées de deux boîtes de cartouches Winchester western de calibre .38 Special Plus P silver tip à pointe creuse et de deux sacs de cartouches rechargées. Les balles Winchester avaient un blindage en aluminium et un noyau en plomb. Le témoin a également identifié l'étui trouvé par le témoin Guillaum comme pouvant être celui qu'il avait vendu à Colin Thatcher.

^b (iv) *Le témoignage de Lynn Mendell*

Le ministère public a également fait témoigner Lynn Mendell de Palm Springs (Californie), une ancienne amie de Colin Thatcher. Madame Mendell a décrit l'amertume que Thatcher a constamment exprimée à l'égard de JoAnn Wilson et comment il a soutenu à plusieurs reprises qu'il voulait la tuer ou s'arranger pour que quelqu'un le fasse à sa place. Elle a déposé qu'il avait cela constamment à l'esprit. Selon M^{me} Mendell, Thatcher lui aurait dit qu'il avait rencontré quelqu'un en Saskatchewan qu'il voulait engager pour tuer JoAnn Wilson. Il lui a éventuellement dit que le projet avait échoué, mais qu'il devrait y donner suite d'une manière ou d'une autre. Ces conversations ont eu lieu à la fin de 1980 et au début de 1981.

^f Lynn Mendell a également dit à la cour qu'en mai 1981 Thatcher lui avait téléphoné et lui avait dit que son ex-épouse avait été blessée par un coup de feu. Elle a déposé que, lorsqu'il est arrivé à Palm Springs quelques jours plus tard, il lui a dit que quelqu'un avait loué une voiture pour lui, que lui-même, Thatcher, avait porté un déguisement et qu'il avait choisi un endroit d'où il avait une bonne vue mais que, parce qu'il avait mal évalué l'épaisseur de la vitre, la balle avait dévié et atteint JoAnn Wilson à l'épaule. Selon M^{me} Mendell, il lui aurait dit:

[TRADUCTION] Ma foi, je n'ai pas tenu compte de l'épaisseur de la vitre, alors la balle a de toute évidence dévié parce que je ne l'ai atteinte qu'à l'épaule.

Elle a également déclaré que Thatcher lui avait dit qu'il avait quitté Regina et s'était heurté à des barrages routiers, qu'il s'était rendu dans les champs où il s'était débarrassé de l'arme, de la perruque et de la salopette et qu'il était ensuite

thing that saved him was the fact that the police did not go to his home to see if he were there.

Lynn Mendell also testified she knew Thatcher had a handgun in Palm Springs. She saw him pack that gun into a Barbie Doll shower box with newspaper, and place the box in his suitcase prior to his leaving for Canada. A box matching that description, with a label which showed it had been purchased in Palm Springs, and containing old copies of the *Los Angeles Times*, was found by Regina City police in a small cupboard adjoining the master bedroom of Thatcher's home in Moose Jaw.

On the day of the killing, Ms. Mendell said she received two calls from Thatcher, one early and another later in the evening. During the first call Colin Thatcher told her:

Well, I'm going out now. This might be the night, stick around.

During the later call he said:

Oh, my God, I've just been called . . . Apparently JoAnn has been shot in her home and has been killed.

Thatcher, according to Ms. Mendell, came to Palm Springs a few days after the fatal shooting. She said to him:

Well, you really did it, didn't you.

She said he scowled, nodded, pointed to the walls, and told her not to talk there. Later, when they were outside the condominium, he was alleged to have said:

I have to admit it is a strange feeling to have blown your wife away.

When press reports of the shooting and beating appeared in the *Desert Sun* he allegedly said:

I don't know why they said she was beaten. I didn't beat her.

Ms. Mendell acknowledged that she did not contact the authorities immediately after these incidents.

revenu à Moose Jaw. Selon M^{me} Mendell, la seule chose qui l'a sauvé est le fait que les policiers ne sont pas allés à sa maison pour voir s'il s'y trouvait.

^a Lynn Mendell a également déposé qu'elle savait que Thatcher avait un pistolet à Palm Springs. Elle l'a vu emballer cette arme dans une boîte de douche jouet pour poupée Barbie avec du papier journal et placer la boîte dans sa valise avant de partir pour le Canada. Une boîte correspondant à cette description, avec une étiquette indiquant qu'elle avait été achetée à Palm Springs et contenant de vieux exemplaires du *Times* de Los Angeles a été trouvée par la police de Regina dans un petit placard adjacent à la chambre à coucher principale de la maison de Thatcher à Moose Jaw.

^d Le jour du meurtre, M^{me} Mendell a dit qu'elle avait reçu deux appels de Thatcher, l'un en début de soirée et l'autre plus tard. Au cours du premier appel, Colin Thatcher lui a dit:

[TRADUCTION] Bon, je sors maintenant. Il se pourrait bien que ce soit le bon soir, ne t'éloigne pas.

^e Au cours de l'appel ultérieur, il a dit:

[TRADUCTION] Oh mon Dieu! je viens de recevoir un appel. Apparemment JoAnn a été tirée dans sa maison et a été tuée.

^f Selon M^{me} Mendell, Thatcher est venu à Palm Springs quelques jours après le coup de feu mortel. Elle lui a dit:

[TRADUCTION] Alors tu l'as vraiment fait, n'est-ce pas?

^g Elle dit qu'il a froncé les sourcils, hoché la tête, pointé le mur et lui a dit de ne pas parler à cet endroit. Plus tard, lorsqu'ils étaient à l'extérieur du condominium, il aurait dit:

^h Je dois reconnaître que c'est une sensation étrange que d'avoir fait disparaître sa femme.

Lorsque la presse, dans le *Desert Sun*, a mentionné que la victime avait été battue et tuée, il aurait dit:

ⁱ Je ne sais pas pourquoi ils disent qu'elle a été battue. Je ne l'ai pas battue.

^j Madame Mendell a reconnu qu'elle n'avait pas communiqué avec les autorités immédiatement après ces incidents.

(v) *The Evidence of Gary Anderson*

Gary Anderson testified under an agreement of immunity from prosecution. Anderson is a farmer from the Caron district and a rural neighbour of Colin Thatcher. He testified he had met Thatcher in the fall of 1980 and Thatcher had asked him if he was interested in killing JoAnn Wilson for a fee of \$50,000 or, if not, whether he could find someone to do it for him. Anderson stated he knew another person named Charlie Wilde who might be interested. Wilde suggested a third person, Cody Crutcher, who would be willing to take on the job. Anderson stated that Thatcher gave him \$15,000 to pass on to Crutcher, and that Anderson paid some \$14,500 to Crutcher, together with a picture of JoAnn Wilson and a set of her car keys. Nothing came of this and Anderson then arranged for a meeting with Charlie Wilde at a farm north of Caron, Saskatchewan in the spring of 1981. At that meeting Charlie Wilde told Thatcher he would do the job himself while visiting the United States. Before doing anything, however, Charlie Wilde was arrested in Winnipeg on an unrelated matter.

Anderson testified that Thatcher got him to purchase a .303 Lee Enfield rifle and some ammunition. On May 16 or 17, 1981, prior to the wounding of Mrs. Wilson, Anderson, at Thatcher's request, rented a car for Thatcher and turned it over to him by dropping it off at a prearranged location. On instructions given by Thatcher, Anderson waited to hear of the wounding of JoAnn Wilson before he went back to get the car. Once he had heard she had been shot he returned to the place where he had left the car, retrieved the vehicle, cleaned it and returned it to the rental dealer. He noted that the car was dusty and that the licence plates were smeared with mud. Anderson testified that in the fall of 1982 he again met with Thatcher and asked him how he could have missed, to which the appellant answered that he did not know.

(v) *Le témoignage de Gary Anderson*

Gary Anderson a témoigné en vertu d'une entente lui accordant l'immunité contre toutes poursuites. Anderson est un fermier du district Caron et un voisin de Colin Thatcher à la campagne. Il a témoigné qu'il avait rencontré Thatcher à l'automne 1980 et que celui-ci lui avait demandé s'il était intéressé à tuer JoAnn Wilson moyennant une rétribution de 50 000 \$ ou, en cas de refus, s'il pouvait trouver quelqu'un pour le faire à sa place. Anderson a déclaré qu'il connaissait une autre personne, nommée Charlie Wilde, qui pourrait peut-être être intéressée. Wilde a proposé une troisième personne, Cody Crutcher, qui serait prête à exécuter le travail. Anderson a déclaré que Thatcher lui avait donné 15 000 \$ pour qu'il les remette à Crutcher et qu'il avait lui-même (Anderson) remis environ 14 500 \$ à Crutcher, ainsi qu'une photographie de JoAnn Wilson et un double de ses clés de voiture. Il n'en est rien résulté et Anderson a alors organisé une rencontre avec Charlie Wilde dans une ferme au nord de Caron (Saskatchewan), au printemps 1981. Lors de cette rencontre, Charlie Wilde a dit à Thatcher qu'il exécuterait le travail lui-même lorsqu'il serait en visite aux États-Unis. Toutefois, avant d'avoir fait quoi que ce soit, Charlie Wilde a été arrêté à Winnipeg dans une affaire qui n'a aucun rapport avec l'espèce.

Anderson a déposé que Thatcher lui avait fait acheter une carabine Lee Enfield de calibre .303 et des munitions. Vers le 16 ou le 17 mai 1981, avant que M^{me} Wilson soit blessée, Anderson, à la demande de Thatcher, a loué une voiture pour ce dernier et la lui a remise en la laissant à un endroit convenu. Selon les directives données par Thatcher, Anderson a attendu d'avoir des nouvelles de la blessure de JoAnn Wilson avant de revenir chercher la voiture. Lorsqu'il a entendu qu'elle avait été tirée, il est retourné chercher la voiture à l'endroit où il l'avait laissée, l'a nettoyée et l'a remise à l'agence de location. Il a remarqué que l'auto était couverte de poussière et que les plaques d'immatriculation étaient maculées de boue. Anderson a témoigné qu'à l'automne 1982 il avait rencontré Thatcher de nouveau et lui avait demandé comment il avait pu manquer son coup, ce à quoi l'appelant a répondu qu'il ne le savait pas.

Anderson further stated that when he again met Thatcher in late 1982, Thatcher turned over a handgun to him with a request that he find a silencer for it. The gun was a .357 calibre Magnum Security Special. Anderson was unsuccessful in getting a workable silencer made and on January 20, 1983 he saw Thatcher and reported that to him. At that time Thatcher told him he had been stalking his ex-wife for a week and that he wanted the gun back. The gun was turned over to Thatcher on the afternoon of January 21, 1983. Earlier that morning Thatcher asked Anderson to get him a car. Anderson turned that over to Thatcher on that day on directions given him by Thatcher. Anderson then read in the newspaper that JoAnn Wilson had been killed. That was his signal to retrieve the car from where he had left it for Thatcher. He got the car back, cleaned it out, cleaned the licence plates off, and burned the items he removed from the vehicle. In cleaning out the car the witness testified that he removed clothing he had seen Thatcher wearing when Anderson turned the car over to him, plus a tuft of hair he thought came from a wig.

Finally, Anderson testified that on May 1, 1984 he again met Thatcher at a deserted farm near Caron. He had been provided with a body pack tape recorder to record the conversation between himself and Thatcher. A brief extract from the conversation follows:

Anderson: Umm, I got rid of the ah stuff outta' the car.

Thatcher: Good.

Anderson: You kinda' give me a scare there with, I found the stuff laying and then I wondered what the hell, I didn't know where the hell you, what the hell you'd done with the gun. (Sighs).

Thatcher: Listen, don't even talk . . .

Anderson: Hm.

Thatcher: . . . like that. Don't. Don't, don't even . . . Walk out this way a little (unintelligible).

Anderson: (Grunts)

Thatcher: No. There are, there are no loose ends at all. And ah . . .

Anderson a en outre déclaré que, lors d'une autre rencontre avec Thatcher vers la fin de 1982, ce dernier lui a remis un pistolet en lui demandant de trouver un silencieux. Le pistolet était de calibre .357 Magnum Security Special. Anderson n'a pas réussi à faire fabriquer un silencieux utilisable et, le 20 janvier 1983, il a rencontré Thatcher pour lui en faire part. À ce moment-là, Thatcher lui a dit qu'il filait son ex-épouse depuis une semaine et qu'il voulait ravoir l'arme. Le pistolet a été remis à Thatcher dans l'après-midi du 21 janvier 1983. Plus tôt ce matin-là, Thatcher avait demandé à Anderson de lui procurer une voiture. Anderson l'a remise à Thatcher ce jour-là, conformément aux directives que ce dernier lui avait données. Anderson a alors lu dans le journal que JoAnn Wilson avait été tuée. C'était le signal qu'il attendait pour aller récupérer la voiture à l'endroit où il l'avait laissée pour Thatcher. Il a ramené la voiture, l'a nettoyée, a nettoyé les plaques d'immatriculation et a brûlé les choses qu'il a retirées du véhicule. Le témoin a affirmé qu'en nettoyant l'automobile, il a retiré des vêtements qu'il avait vu Thatcher porter lorsque lui-même, Anderson, lui avait remis la voiture, ainsi qu'une touffe de cheveux qu'il croyait provenir d'une perruque.

Enfin, Anderson a affirmé que, le 1^{er} mai 1984, il a rencontré de nouveau Thatcher dans une ferme abandonnée près de Caron. Il portait sur lui un magnétophone avec micro-émetteur de poche pour enregistrer sa conversation avec Thatcher. En voici un bref extrait:

[TRADUCTION]

Anderson: Hum, je me suis débarrassé des heu choses qui étaient dans l'auto.

Thatcher: Bien.

Anderson: Vous m'avez fait peur lorsque j'ai trouvé les choses par terre et je me suis alors demandé, que diable, je ne savais pas où diable vous, qu'est-ce que diable vous aviez fait avec le pistolet. (Soupirs).

Thatcher: Écoute, ne parle jamais . . .

Anderson: Humm.

Thatcher: . . . comme cela. Ne fais pas cela. Ne fais même pas . . . Sortons un peu (inintelligible).

Anderson: (Grognements)

Thatcher: Non. Rien, rien n'a été laissé au hasard. Et heu . . .

(Muffled noises.)

Thatcher: ... y'know, they've gone at every which direction. Umm, is there any way a loose end from a couple years ago can ever resurface?

Anderson: Ahhh.

Thatcher: From some of ahh, some of the guys tha, th, that ah, discussing some business with. Is there any way can ever be a problem surface from them?

Anderson: Mmm, y'mean the, from Vancouver and Winnipeg? Ahh. I ah located one of 'em.

Thatcher: The one that I met or the other one?

Anderson: Ahh, the other one.

Thatcher: Son-of-a-bitch.

Anderson: Well. It's up to you.

Thatcher: Is he in, or, he's not in jail now is he, or in any trouble?

Anderson: Not to my knowledge.

Again:

Thatcher: Okay an' just remember there are no er, no problems an' there won't be unless they trip over something an' I got no intention of giving them anything to trip on.

Anderson: 'Kay.

Thatcher: There's no loose ends like, y'know, there's nothin' for them t' find. Y'know.

Anderson: It's all been ...

Thatcher: All ...

Anderson: ... taken care of.

Thatcher: Sure. Heavens yes. Heavens yes. I'm ahh, but I still don't trust the bastards for bugs. Mean, I don't know whether there's any possibility that that, 'ts why when we talk ah, just assume the bastards are listening.

(vi) *The Evidence of Charles Wilde*

Charles Wilde testified that in the summer of 1980 he met Gary Anderson while they were fellow inmates in a Regina jail. Anderson later asked him if he was interested in doing a killing. At that time Wilde told Anderson he was not interested. Wilde later talked to his friend Cody Crutcher and they decided that, while they would not do the killing, they would be happy to take the

(Bruits étouffés.)

Thatcher: ... tu sais, ils sont allés dans toutes les directions. Humm, une imprudence d'il y a quelques années peut-elle refaire surface?

^a Anderson: Heu.

Thatcher: De la part de certains heu, certains des gars qui, qui heu, avec lesquels j'ai discuté de certaines affaires. Un problème peut-il jamais surgir de leur part?

^b Anderson: Mmmm, vous voulez dire de Vancouver et Winnipeg? Heu. J'ai heu retracé l'un d'eux.

Thatcher: Celui que j'ai rencontré ou l'autre?

Anderson: Heu, l'autre.

^c Thatcher: Saloperie!

Anderson: Enfin. Ça vous regarde.

Thatcher: Est-il en dedans ou, il n'est pas en prison à l'heure actuelle n'est-ce pas, ou a-t-il des problèmes?

^d Anderson: Pas à ma connaissance.

Et aussi:

[TRADUCTION]

^e Thatcher: D'accord et souviens-toi qu'il n'y a pas humm pas de problème et qu'il n'y en aura pas à moins qu'ils ne tombent sur quelque chose et je n'ai pas l'intention de leur donner quoi que ce soit en ce sens.

Anderson: D'accord.

^f Thatcher: Rien n'a été laissé au hasard, tu sais, il n'y a rien qu'ils puissent trouver. Tu sais.

Anderson: Rien n'a été ...

Thatcher: Rien ...

^g Anderson: ... négligé.

Thatcher: J'en suis heu certain. Ciel oui! Ciel oui! Mais je crains toujours que ces bâtards ne trouve la petite bête. Ce que je veux dire, je ne sais pas s'il est possible que, que, c'est que lorsque nous parlons heu, supposons seulement que ces bâtards nous écoutent.

(vi) *Le témoignage de Charles Wilde*

Charles Wilde a témoigné qu'à l'été 1980 il a rencontré Gary Anderson alors qu'ils étaient compagnons de cellule dans une prison de Regina. Plus tard, Anderson lui a demandé s'il était intéressé à commettre un meurtre. À ce moment-là, Wilde a dit à Anderson qu'il n'était pas intéressé. Wilde a par la suite parlé avec son ami Cody Crutcher et ils ont décidé que, bien qu'ils ne commettraient pas

money offered for it. In December 1980, Anderson, Wilde and Crutcher met in Regina. Anderson gave Crutcher \$7,500 which Crutcher split with Wilde. Shortly after that Wilde again met with Anderson and got another \$7,000 plus a picture of the intended victim, JoAnn Wilson, and her car keys. In March 1981, Wilde met with Anderson and Thatcher. At that time Thatcher pressed him to do the job and offered him 50 to 60 thousand dollars if he would complete the killing. He told Wilde that his ex-wife, her husband, and Stephanie were going to Ames, Iowa, to visit her parents during the Easter week of 1981. He indicated that Ames would be a good place to "hit" her, gave the Iowa address to Wilde, and suggested that he, Wilde, could phone him in a few days at the Legislature, by which time he would probably have some money available. While Wilde said he had no intention of killing anyone, he agreed to do what was asked in order to see if he could get some money. At a subsequent meeting with Thatcher, Thatcher gave Wilde \$4,500 to assist him in travelling to the United States where JoAnn was visiting her parents. Shortly after, Wilde was arrested in Winnipeg for breaking into a drugstore. Wilde acknowledged having a lengthy criminal record, mainly for drug offences.

(vii) *The Evidence of Richard Collver*

Mr. Collver and Mr. Thatcher both sat as members of the Saskatchewan Legislature, the latter being then a member of the Liberal Party while Mr. Collver led the Provincial Progressive Conservative Party. In time Mr. Collver persuaded Thatcher to join the Conservative caucus, and the two became close personal friends. Their friendship continued after Mr. Collver resigned as Leader of his Party and sat as an independent Member.

Collver testified that during the 1979 fall session of the Legislature Thatcher repeatedly talked to him, Collver, about his marital problems, so much so that Mr. Collver thought him obsessed—he

le meurtre, ils se feraient un plaisir d'empocher l'argent offert pour le commettre. En décembre 1980, Anderson, Wilde et Crutcher se sont rencontrés à Regina. Anderson a donné à Crutcher 7 500 \$ que ce dernier a partagés avec Wilde. Peu après, Wilde a rencontré de nouveau Anderson et a obtenu un autre somme de 7 000 \$ ainsi que la photographie de la victime désignée, JoAnn Wilson, et ses clés de voiture. En mars 1981, Wilde a rencontré Anderson et Thatcher. À ce moment-là, Thatcher a insisté pour qu'il fasse le travail et lui a offert 50 000 \$ à 60 000 \$ pour qu'il commette le meurtre. Il a dit à Wilde que son ex-épouse, son mari et Stephanie allaient à Ames (Iowa) pour visiter ses parents au cours de la semaine de Pâques de 1981. Il a indiqué qu'Ames serait un bon endroit pour la «descendre», il a donné à Wilde l'adresse en Iowa et s'est dit d'avis que Wilde pourrait l'appeler dans quelques jours à l'Assemblée législative et qu'il aurait alors probablement une somme d'argent à offrir. Bien que Wilde ait affirmé qu'il n'avait pas l'intention de tuer qui que ce soit, il a accepté de faire ce qu'on lui demandait pour voir s'il pourrait obtenir de l'argent. Lors d'une rencontre subséquente avec Thatcher, ce dernier a remis à Wilde 4 500 \$ pour l'aider à voyager aux États-Unis où JoAnn visitait ses parents. Peu après, Wilde a été arrêté à Winnipeg pour s'être introduit par effraction dans une pharmacie. Wilde a reconnu qu'il possédait un lourd casier judiciaire, principalement pour des infractions en matière de drogue.

(vii) *Le témoignage de Richard Collver*

Messieurs Collver et Thatcher ont tous deux siégé à titre de députés à l'Assemblée législative de la Saskatchewan, ce dernier étant membre du parti libéral alors que M. Collver était chef du parti progressiste-conservateur provincial. Avec le temps, M. Collver a persuadé Thatcher de se joindre au caucus conservateur et ils sont devenus des amis intimes. Leur amitié s'est poursuivie après que M. Collver eut démissionné comme chef de son parti et siégé à titre de député indépendant.

Collver a déposé que, pendant la session de l'Assemblée législative en automne 1979, Thatcher lui a parlé à plusieurs reprises de ses problèmes matrimoniaux, à tel point que M. Collver pensait

couldn't think about politics or anything else. Collver invited Thatcher and several members of his family to visit over Christmas at his dude ranch near Phoenix, Arizona. The following extract from the charge of the trial judge will indicate the nature of Collver's further evidence.

Collver testified that the morning following their arrival he and Thatcher were talking about Thatcher's problems over coffee. He said that Thatcher told him he had to find someone to kill her. According to Collver he and Thatcher had previously talked about some horrible people two lawyer friends of Collver knew in Calgary and Edmonton. And he testified that Thatcher wanted him to phone one and get somebody to assist him in killing his wife. Collver says he told Thatcher he was suffering from an obsession and that he should get rid of it. When Thatcher renewed the request at least three more times the same day, Collver asked him to leave the ranch and he and the family departed the following morning.

The following spring, 1980, when the Legislature was in session, Collver testified that Thatcher again approached him about negotiating a settlement. He told Thatcher he would be bled to death if he kept on with lawyers, but that if he would give him a bottom line, that he, Collver, would try to negotiate a settlement. Thatcher told him his bottom line was \$400,000.00 and custody of the two boys. Collver said he met with JoAnn and she asked him if she could bring in a friend to assist her, who it turned out was Tony Wilson. The upshot of the meeting was that JoAnn would accept \$230,000.00 and custody of Stephanie, with Thatcher to have custody of the two boys. Collver said he was ecstatic. He immediately telephoned Thatcher and told him what he had achieved. According to Collver Thatcher's reply was, "The bitch isn't going to get anything." This ended the attempt by Collver to assist his friend Thatcher.

Collver indicated that he had not conveyed this information in any fashion to the authorities until shortly before his testimony at the trial. He had withheld such information after receiving legal advice to the effect that he was under no legal duty of disclosure.

IV

The Defence

Seven witnesses were called by the defence. As well, the accused testified on his own behalf. One

qu'il était obsédé; il ne pouvait penser à la politique ni à rien d'autre. Collver a invité Thatcher et plusieurs membres de sa famille à venir lui rendre visite à Noël à son ranch de tourisme près de Phoenix, en Arizona. L'extrait suivant tiré de l'exposé du juge du procès indique la nature des autres éléments du témoignage de Collver.

[TRADUCTION] Collver a déposé que le matin suivant leur arrivée, il a discuté avec Thatcher de ses problèmes en prenant un café. Il a dit que Thatcher lui a confié qu'il devait trouver quelqu'un pour la tuer. Selon Collver, il avait précédemment parlé avec Thatcher de certains personnages infâmes que deux avocats amis de Collver connaissaient à Calgary et à Edmonton. Et il a déposé que Thatcher voulait qu'il en appelle un et qu'il trouve quelqu'un pour l'aider à tuer sa femme. Collver a affirmé qu'il avait dit à Thatcher qu'il était en proie à une obsession et qu'il devrait s'en débarrasser. Lorsque Thatcher a répété sa demande au moins trois fois dans la même journée, Collver lui a demandé de quitter le ranch et il est parti avec sa famille le lendemain matin.

Le printemps suivant, en 1980, alors que l'Assemblée législative siégeait, Collver a déposé que Thatcher lui avait encore demandé de négocier un règlement. Il a dit à Thatcher qu'il serait saigné à blanc s'il continuait avec des avocats, mais que s'il lui indiquait jusqu'où il serait prêt à aller, il tenterait de négocier un règlement. Thatcher lui a dit qu'il ne céderait pas plus que 400 000 \$ et la garde des deux garçons. Collver a dit qu'il avait rencontré JoAnn et qu'elle lui avait demandé si elle pouvait amener avec elle un ami pour l'aider et il se trouva que cet ami était Tony Wilson. La réunion a eu pour résultat que JoAnn accepterait 230 000 \$ et la garde de Stephanie, tandis que Thatcher aurait la garde des deux garçons. Collver a dit qu'il était fou de joie. Il a immédiatement téléphoné à Thatcher et lui a dit ce qu'il avait réussi à obtenir. Selon Collver, Thatcher lui aurait répondu: «La salope ne va rien obtenir.» Cela a mis fin à la tentative de Collver d'aider son ami Thatcher.

Collver a indiqué qu'il n'avait d'aucune façon communiqué ces renseignements aux autorités jusqu'à peu de temps avant son témoignage au procès. Il les avait tenus cachés après qu'un avocat l'ait avisé qu'il n'était pas tenu légalement de les divulguer.

IV

La défense

La défense a fait comparaître sept témoins. De plus, l'accusé a témoigné pour son propre compte.

witness, Mr. Wayne Mantyka, a Regina newscaster, was called to support the claim that ammunition allegedly used to commit the crime could be obtained not only in the United States but also in Canada. The other six witnesses were called in support of Thatcher's version of his whereabouts on the night of the killing, as well as on the night of the first shooting.

The credibility of these witnesses was critical to meeting the Crown's primary submission. Regina, where Mrs. Wilson was killed, is over forty miles east of Moose Jaw. Moose Jaw is about eighteen miles east of Thatcher's ranch in Caron. Mr. Dotson's testimony was that he discovered the body at approximately 6:00 p.m. A test conducted by the police determined that it was possible to travel from the victim's house in Regina to the appellant's residence in Moose Jaw in roughly twenty-eight minutes. Testimony indicating that Mr. Thatcher was elsewhere would, if believed, go to rebut the allegation that he personally murdered his ex-wife. It would not, however, be relevant to the Crown's alternative submission that he caused someone else to commit the act.

(i) *The Evidence of Mrs. Barbara Wright*

Mrs. Barbara Wright, the wife of Thatcher's farm manager, testified that she had seen Mr. Thatcher drive into his ranch between 5:00 and 5:30 p.m. on the day of the murder. She estimated this time partly by reference to her belief that she left work shortly after 4:00 p.m. that afternoon. She said she was in the kitchen when Thatcher drove into the yard in his truck shortly after 5:00 p.m. She said she did not speak to him and only observed his movements through the window. He left after about twenty minutes. She testified that at about 7:00 p.m., Thatcher telephoned to say that Mrs. Wilson had been murdered.

In cross-examination, she acknowledged that her work records showed that she was not working on the day of the murder, but she explained this discrepancy by stating that she had exchanged

Un témoin, M. Wayne Mantyka, un annonceur de Regina, a été cité pour appuyer l'argument selon lequel les munitions qui auraient été utilisées pour commettre le crime pouvaient être obtenues non seulement aux États-Unis mais également au Canada. Les six autres témoins ont été cités à l'appui de la version de Thatcher relativement à ses allées et venues le soir du meurtre ainsi que le soir du premier coup de feu.

La crédibilité de ces témoins était importante pour contrer l'argument principal du ministère public. La ville de Regina, où M^{me} Wilson a été tuée, est située à plus de quarante milles à l'est de Moose Jaw. Moose Jaw se trouve à environ dix-huit milles à l'est du ranch de Thatcher à Caron. Dans son témoignage, M. Dotson a dit qu'il avait découvert le corps vers 18 h. Selon un essai effectué par la police, il était possible de se rendre de la maison de la victime à Regina à la résidence de l'appelant à Moose Jaw en environ vingt-huit minutes. Un témoignage indiquant que M. Thatcher se trouvait ailleurs aurait pour effet, je crois, de réfuter l'allégation qu'il a personnellement tué son ex-épouse. Toutefois, il ne serait pas pertinent en ce qui concerne le second argument du ministère public selon lequel il a fait commettre l'acte par quelqu'un d'autre.

(i) *Le témoignage de M^{me} Barbara Wright*

Madame Barbara Wright, l'épouse du gestionnaire de la ferme de Thatcher, a déposé qu'elle avait vu M. Thatcher arriver en voiture à la ferme entre 17 h et 17 h 30 le jour du meurtre. Elle a évalué cette heure en partie parce qu'elle pensait avoir quitté le travail peu après 16 h cet après-midi-là. Elle a dit qu'elle se trouvait dans la cuisine lorsque Thatcher est entré dans la cour avec son camion peu après 17 h. Elle a dit qu'elle ne lui avait pas parlé et a seulement observé ses mouvements par la fenêtre. Il est parti environ vingt minutes plus tard. Elle a déposé que, vers 19 h, Thatcher a téléphoné pour dire que M^{me} Wilson avait été tuée.

En contre-interrogatoire, elle a reconnu que son rapport de travail indiquait qu'elle ne travaillait pas le jour du meurtre, mais elle a expliqué cette différence en déclarant qu'elle avait changé de

shifts with a fellow employee and that this exchange did not show up in the records. Also in cross-examination, she admitted that she did not give this information to the police when she was interviewed several days after the murder. She stated that, at that time, she did not think of Thatcher as a suspect. She also admitted to speaking with Mr. Thatcher the night before swearing an affidavit in which similar statements about his whereabouts were made. She denied, however, that suggestions were made to her as to what she may have seen on the day of the murder.

(ii) *The Evidence of Mr. Patrick Hammond*

Mr. Patrick Hammond, a railroad employee who had done a "substantial amount" of work on Mr. Thatcher's vehicles, testified that he saw Mr. Thatcher, on the day in question, driving in Moose Jaw at approximately 5:30 p.m. In cross-examination, he acknowledged that, when he was interviewed by the police a few days after the murder, he did not inform the police that he saw Mr. Thatcher. He stated that he did not think this information was important until after Mr. Thatcher was arrested and charged. Similar evidence as to Mr. Thatcher's whereabouts was given by Mr. Hammond in support of Thatcher's bail application.

(iii) *The Evidence of Mrs. Sandra Silversides*

The defence also called Mrs. Sandra Silversides, a government employee in Moose Jaw, as well as the appellant's constituency secretary and part-time housekeeper. Mrs. Silversides is the sister of Patrick Hammond. Mrs. Silversides testified that she had arrived at the Thatcher residence in Moose Jaw at 5 o'clock and that, while Mr. Thatcher was not at home when she arrived, he came into the kitchen at approximately 6 o'clock to eat the Hamburger Helper she had prepared for dinner. She further stated that she left the Thatcher residence at 6:15 p.m. and that Gregory, Thatcher's son, called her at 7:30 that evening and asked her to come over because something had happened to his mother. She stated that when she

quart avec un autre employé et que ce changement n'avait pas été inscrit dans le rapport. De plus, en contre-interrogatoire, elle a admis qu'elle n'avait pas donné ce renseignement aux policiers lorsqu'elle a été interrogée plusieurs jours après le meurtre. Elle a déclaré qu'à l'époque elle ne croyait pas que Thatcher était soupçonné. Elle a également admis avoir parlé avec M. Thatcher le soir précédant sa signature d'un affidavit contenant des déclarations semblables au sujet des allées et venues de Thatcher. Toutefois, elle a nié qu'on lui ait suggéré ce qu'elle aurait pu voir le jour du meurtre.

(ii) *Le témoignage de M. Patrick Hammond*

Monsieur Patrick Hammond, un employé des chemins de fer qui a effectué de «nombreux» travaux sur les véhicules de M. Thatcher, a déposé que vers 17 h 30, le jour en question, il a vu M. Thatcher passer en voiture à Moose Jaw. En contre-interrogatoire, il a reconnu que, lorsqu'il a été interrogé par les policiers quelques jours après le meurtre, il ne les a pas informés qu'il avait vu M. Thatcher. Il a déclaré qu'il ne croyait pas que ce renseignement était important jusqu'au moment où M. Thatcher a été arrêté et accusé. Monsieur Hammond a donné un témoignage semblable en ce qui a trait aux allées et venues de M. Thatcher, à l'appui de la demande de cautionnement de Thatcher.

(iii) *Le témoignage de M^{me} Sandra Silversides*

La défense a également cité M^{me} Sandra Silversides, une employée du gouvernement à Moose Jaw, de même que la secrétaire de la circonscription et bonne à temps partiel de l'appelant. Madame Silversides est la soeur de Patrick Hammond. Madame Silversides a déposé qu'elle était arrivée à la résidence de M. Thatcher à Moose Jaw à 17 h et que, bien que M. Thatcher n'ait pas été à la maison à son arrivée, il est entré dans la cuisine vers 18 h pour manger le Hamburger Helper qu'elle avait préparé pour souper. Elle a en outre déclaré qu'elle avait quitté la résidence de Thatcher à 18 h 15 et que Gregory, le fils de Thatcher, l'avait appelée à 19 h 30 ce soir-là et il lui avait demandé de venir parce que quelque

arrived Mr. Thatcher was sitting in the kitchen staring at the wall.

On cross-examination, Mrs. Silversides admitted that she gave a statement similar to her evidence at trial in an affidavit in support of Mr. Thatcher's bail application and that she "could have talked [with Thatcher] about what happened that night". She also stated in cross-examination that she was suing the police for false arrest.

(iv) *The Thatcher Sons*

Regan Thatcher testified that he was at home with his father at the time of the earlier shooting and also when his mother was murdered. He stated that, on the day of the murder, he came home from school between 4:00 and 4:30 p.m., that his father came in about 5:30 p.m. and that he, his brother, his father and Mrs. Silversides ate dinner at about 6 o'clock.

Gregory Thatcher testified that he arrived home from school earlier than his brother, at about 3:45 p.m., and saw his father, who left shortly thereafter to go to the ranch. At about 5:15 or 5:30 p.m., his father returned. His evidence as to what occurred subsequently was similar to that given by his brother and Mrs. Silversides.

(v) *The Evidence of Mr. Anthony Merchant*

Mr. Merchant, a lawyer and a one-time member of the Legislative Assembly, testified that he became acquainted with Colin Thatcher in the early 1970's. He subsequently became Thatcher's counsel in relation to the appellant's matrimonial disputes.

In addition to testifying as to Mr. Thatcher's whereabouts the night Mrs. Wilson was wounded, Mr. Merchant testified that, on the night she was killed, one of his partners called to tell him that there appeared to have been a shooting at the Wilson residence. He stated that he immediately called Thatcher at his home, at "about 6:15 p.m." and passed on this information. Shortly thereafter, a reporter came to his house who told him that perhaps Mrs. Wilson had been killed. He stated

chose était arrivée à sa mère. Elle a déclaré que lorsqu'elle est arrivée, M. Thatcher était assis dans la cuisine et fixait le mur.

En contre-interrogatoire, M^{me} Silversides a admis qu'elle avait fait une déclaration semblable à son témoignage lors du procès dans un affidavit à l'appui de la demande de cautionnement de M. Thatcher et qu'elle [TRADUCTION] «aurait pu discuter [avec Thatcher] de ce qui était arrivé ce soir-là». Elle a également déclaré en contre-interrogatoire qu'elle poursuivait la police pour arrestation illégale.

(iv) *Les fils Thatcher*

Regan Thatcher a déposé qu'il se trouvait à la maison avec son père au moment du premier coup de feu et également lorsque sa mère a été tuée. Il a déclaré que, le jour du meurtre, il est rentré de l'école entre 16 h et 16 h 30 et que son père est entré vers 17 h 30 et que son frère, son père, M^{me} Silversides et lui-même ont soupé vers 18 h.

Gregory Thatcher a déposé qu'il est rentré de l'école avant son frère, vers 15 h 45 et qu'il a vu son père qui est parti peu après pour aller au ranch. Vers 17 h 15 ou 17 h 30, son père est revenu. Son témoignage en ce qui a trait à ce qui s'est produit par la suite est semblable à celui de son frère et de M^{me} Silversides.

(v) *Le témoignage de M. Anthony Merchant*

Monsieur Merchant, avocat et ancien député de l'Assemblée législative, a déposé qu'il a connu Colin Thatcher au début des années 1970. Par la suite, il est devenu l'avocat de Thatcher relativement aux différends matrimoniaux de l'appellant.

En plus de déposer en ce qui a trait aux allées et venues de M. Thatcher le soir où M^{me} Wilson a été blessée, M. Merchant a déposé que le soir où elle a été tuée, l'un de ses associés l'a appelé pour lui dire que des coups de feu semblaient avoir été tirés à la résidence des Wilson. Il a déclaré qu'il a immédiatement appelé Thatcher à sa maison «vers 18 h 15» et lui a fait part de cette nouvelle. Peu après, un journaliste est arrivé chez lui pour lui dire que M^{me} Wilson avait peut-être été tuée. Il a déclaré

that he “waited a bit of time” and then called the appellant again, “shortly after seven o’clock”, with that information, informed him that he was going out, and gave Thatcher a number at which he could be reached should the police arrive. Merchant then went to the Wilson residence and spoke to a police officer who confirmed that Mrs. Wilson indeed had been killed. He testified that he then telephoned Thatcher again with the news, at approximately 7:20 p.m. The next morning, he advised Thatcher that he had a legal right to take custody of his daughter Stephanie. He testified that he, Thatcher, and Thatcher’s son Gregory, thereafter personally attended the Kohli home, where Stephanie was staying, and that some physical force was used to take custody of Stephanie.

Mr. Merchant also testified as to Mr. Thatcher’s whereabouts on the night Mrs. Wilson was wounded on May 17, 1981. He testified that he retained the original telephone record of a call he had made to Thatcher that evening, as well as the original record of two of the three calls to Thatcher the night Mrs. Wilson was killed. He described three mysterious break-ins of his office, which resulted in the disappearance of these records, and stressed that these break-ins occurred after Thatcher had been arrested and after Mr. Merchant had disclosed the existence of the records in an affidavit supporting Thatcher’s bail application. Mr. Merchant implied that they were stolen because they were otherwise protected by the solicitor and client relationship. Mr. Merchant’s testimony proved to be incorrect. On the day following his testimony, defence counsel addressed the court as follows:

Thank you, My Lord. My Lord, just prior to calling my next witness, I wonder, there is a matter I would like to address you as an officer of the court, and I just mentioned it briefly to my Learned Friend and I think it should be done by way, in my view as an officer of the court, as a brief submission so that the evidence is clear before the Jury and there is no misconception. I received a telephone call this morning at nine thirty from Mr. Merchant, who of course was here yesterday, who advised me that he had checked with his partners in

qu’il avait «attendu un moment» et qu’il avait ensuite téléphoné encore une fois à l’appelant «peu après dix-neuf heures» pour lui communiquer cette information, et il a dit à Thatcher qu’il sortait et lui a donné un numéro où il pourrait le joindre si la police arrivait. Merchant est alors allé à la résidence des Wilson et a parlé à un policier qui lui a confirmé que M^{me} Wilson avait effectivement été tuée. Il a déposé qu’il avait alors téléphoné à Thatcher encore une fois pour lui communiquer les nouvelles, vers 19 h 20. Le matin suivant, il a informé Thatcher qu’il avait droit à la garde de sa fille Stephanie. Il a déposé que lui-même, Thatcher et son fils Gregory se sont par la suite rendus en personne chez les Kohli où Stephanie demeurait et qu’ils avaient eu recours à la force pour prendre la garde de Stephanie.

Monsieur Merchant a également déposé en ce qui a trait aux allées et venues de M. Thatcher le soir où M^{me} Wilson a été blessée le 17 mai 1981. Il a déclaré qu’il avait conservé l’enregistrement original d’un appel qu’il avait fait à Thatcher ce soir-là, de même que l’enregistrement original de deux des trois appels qu’il avait faits à Thatcher le soir où M^{me} Wilson a été tuée. Il a décrit trois mystérieuses entrées par effraction dans son bureau qui ont entraîné la disparition de ces enregistrements et a souligné que ces entrées par effraction ont été commises après l’arrestation de Thatcher et après que M. Merchant eut révélé l’existence des enregistrements dans un affidavit à l’appui de la demande de cautionnement de Thatcher. Monsieur Merchant a laissé entendre qu’ils avaient été volés parce qu’ils étaient par ailleurs protégés par le secret entre avocat et client. Le témoignage de M. Merchant s’est révélé inexact. Le lendemain de son témoignage, l’avocat de la défense s’est adressé à la cour de la manière suivante:

[TRADUCTION] Je vous remercie votre Seigneurie. Votre Seigneurie, juste avant de citer mon prochain témoin, je me demande, il y a une question dont je voudrais vous entretenir à titre d’officier de la cour et je viens de le mentionner brièvement à mon savant collègue, je crois que cela devrait être fait, à mon avis à titre d’officier de la cour comme une brève présentation de manière que l’élément de preuve soit présenté clairement au jury et qu’il n’y ait pas de malentendu. Ce matin à neuf heures trente, j’ai reçu un appel téléphonique de M. Merchant

Regina and that the break-in occurred before, and I think this is very important, and I want to clarify it, the break-ins occurred before Mr. Thatcher was arrested and of course that certainly wasn't what he indicated to us in his cross-examination to us yesterday. And as an officer of the court I want that raised and clarified now, My Lord. Mr. Kujawa was kind enough to agree that it would be appropriate for me to rise and address you on it at this time. Mr. Merchant advised me of that at nine-thirty this morning when I was in the barrister's lounge by telephone. I wish to bring it to your attention and the attention of the Jury.

(vi) *The Evidence of Colin Thatcher*

Colin Thatcher testified for more than two days. With respect to the earlier unsuccessful attempt on his ex-wife's life, he testified that on the evening in question he was with his son Regan at home, and that they were opening up the swimming pool for the summer. As to the day his ex-wife was killed, Mr. Thatcher testified that he spent the morning of January 21 at his ranch in Caron, that he went to his residence in Moose Jaw over the noon hour to do some paper work and odds and ends, and that he returned between 4:00 and 4:30 in the afternoon to his ranch. He stated that he checked his cattle for approximately half an hour and then returned home to Moose Jaw. On his way home, in Moose Jaw, Thatcher stated that he exchanged waves with Mr. Hammond. His testimony as to his subsequent whereabouts on that evening paralleled that given by Mrs. Silversides, his sons and Mr. Merchant.

Thatcher also testified as to his relationship with Lynn Mendell. He said he met her in October, 1980 in Palm Springs, California, and that they got along well but that she "had a misconception . . . that there was some remote possibility that we might be getting married". He denied several aspects of her testimony. First, he denied that he went down to Palm Springs a few days after the first shooting, saying it was more like four or five weeks after the event. Second, he denied telling her in relation to that shooting that he donned a disguise, staked out a visibly accessible area and only wounded Mrs. Wilson because he did not

qui évidemment était ici hier, lequel m'a fait savoir qu'il avait vérifié auprès de ses associés à Regina et que l'effraction avait été commise avant, et je crois que c'est très important, et je tiens à le préciser, les effractions s'étaient produites avant l'arrestation de M. Thatcher et évidemment ce n'est certainement pas ce qu'il nous a indiqué hier au cours de son contre-interrogatoire. Votre Seigneurie, à titre d'officier de la cour, je tiens à ce que cela soit soulevé et clarifié sur le champ. Monsieur Kujawa a eu l'amabilité de convenir qu'il serait à propos que je soulève cette question et de vous la présenter à ce moment-ci. Monsieur Merchant m'en a avisé par téléphone ce matin à neuf heures trente lorsque j'étais dans la salle des procureurs. Je tiens à porter cela à votre attention et à l'attention du jury.

(vi) *Le témoignage de Colin Thatcher*

Colin Thatcher a déposé pendant plus de deux jours. Quant à la tentative de meurtre précédente qui a échoué contre son ex-épouse, il a déposé que le soir en question il était à la maison avec son fils Regan et qu'ils étaient en train de préparer la piscine pour l'été. En ce qui a trait au jour du meurtre de son ex-épouse, M. Thatcher a déposé qu'il a passé la matinée du 21 janvier à son ranch de Caron, qu'il est allé à sa résidence de Moose Jaw le midi pour faire du travail de bureau et d'autres petites choses et qu'il est revenu entre 16 h et 16 h 30 à son ranch. Il a déclaré qu'il avait inspecté son bétail pendant environ une demi-heure et qu'il était ensuite retourné à sa maison à Moose Jaw. Sur sa route, à Moose Jaw, Thatcher a déclaré avoir salué M. Hammond. Son témoignage en ce qui a trait à ses allées et venues subséquentes ce soir-là correspond à ceux de M^{me} Silversides, de ses fils et de M. Merchant.

Thatcher a également déposé au sujet de sa relation avec Lynn Mendell. Il a dit qu'il l'avait rencontrée en octobre 1980 à Palm Springs, en Californie, et qu'ils se sont très bien entendus mais qu'elle [TRADUCTION] «avait une idée fausse [...] qu'il existait une possibilité éloignée que nous puissions nous marier». Il a nié plusieurs aspects de son témoignage. En premier lieu, il a nié être allé à Palm Springs quelques jours après le premier coup de feu, affirmant que c'était plutôt quatre à cinq semaines après l'événement. En deuxième lieu, il a nié lui avoir dit relativement à ce coup de feu qu'il avait porté un déguisement,

gauge the thickness of the kitchen window. Third, though he testified that six or seven days after his ex-wife was killed he went to Palm Springs and spent some time with Ms. Mendell, he denied telling her that it was “a strange feeling to blow your wife away”. He testified instead that Ms. Mendell asked him whether he killed her and he stated, “I cannot imagine what a strange feeling that that would be. No, of course not.” Fourth, he denied packaging a revolver in a toy shower box and bringing it to Canada. He described this allegation as a “pretty good trick”, concocted by Ms. Mendell.

With respect to the gun and bullets, he acknowledged that he had bought a .357 Magnum Ruger revolver plus a holster and ammunition but, as stated, he denied bringing it back to Canada. He stated that it was stolen from his condominium in Palm Springs and he suspected a cleaning woman took it. He also admitted using Hollow Point bullets, but only to practice shooting in the desert. He stated he knew nothing about the holster found in his car by Mr. Guillaum; he testified that his holster was of a different type and had his name on it.

In his examination-in-chief, Thatcher stated further that he had no explanation as to why a credit card invoice would be present eight feet from the Wilson's garage door on the night of the murder. In cross-examination, he suggested that it may have been planted by someone.

With respect to the evidence given by Gary Anderson about being asked by Thatcher to obtain a silencer for a weapon, and as to picking up and cleaning the car and burning items contained in it a few days after the murder, Thatcher stated that these stories too were concocted. He said his initial contact with Mr. Anderson grew out of an attempt in November 1980 to purchase or rent land from the Andersons. No arrangement was concluded and the matter was left open so that Mr. Anderson

qu'il avait trouvé un endroit d'où il avait une bonne vue et qu'il avait seulement blessé M^{me} Wilson parce qu'il avait mal évalué l'épaisseur de la vitre de la cuisine. En troisième lieu, bien qu'il ait affirmé être allé à Palm Springs six ou sept jours après le meurtre de son ex-épouse et avoir passé quelque temps avec M^{me} Mendell, il a nié lui avoir dit que c'était «une sensation étrange que d'avoir fait disparaître sa femme». Il a plutôt déposé que M^{me} Mendell lui avait demandé s'il l'avait tuée et il a déclaré [TRADUCTION] «Je ne puis imaginer quelle étrange sensation ce serait. Non, bien sûr que non.» Enfin, il a nié avoir emballé un revolver dans une boîte de douche jouet et l'avoir rapporté au Canada. Il a décrit cette allégation comme un [TRADUCTION] «assez bon truc», inventé par M^{me} Mendell.

En ce qui a trait au pistolet et aux balles, il a reconnu qu'il avait acheté un revolver Ruger .357 Magnum avec un étui et des munitions mais, comme nous l'avons vu, il a nié l'avoir rapporté au Canada. Il a déclaré qu'on le lui avait volé dans son condominium de Palm Springs et il soupçonnait une femme de ménage de l'avoir fait. Il a également admis avoir utilisé des balles à pointe creuse, mais seulement pour des exercices de tir dans le désert. Il a déclaré ne rien savoir de l'étui que M. Guillaum avait trouvé dans sa voiture; il a déposé que son étui était d'un genre différent et que son nom était inscrit dessus.

Au cours de son interrogatoire principal, Thatcher a déclaré en outre qu'il ne pouvait expliquer la présence d'un reçu de carte de crédit à huit pieds de la porte du garage des Wilson le soir du meurtre. En contre-interrogatoire, il a suggéré qu'il aurait pu avoir été placé là par quelqu'un d'autre.

En ce qui a trait au témoignage de Gary Anderson selon lequel Thatcher lui aurait demandé de lui procurer un silencieux pour une arme et en ce qui a trait à la prise en charge et au nettoyage de l'auto et à la destruction par le feu des choses qui s'y trouvaient quelques jours après le meurtre, Thatcher a déclaré que ces histoires étaient également inventées. Il a dit que son premier contact avec M. Anderson était le résultat d'une tentative en novembre 1980 d'acheter ou de louer du terrain

would have a chance to discuss the proposition with his mother. Anderson contacted him a few months later to inform him that the land would be rented to someone else. During that meeting, the conversation shifted to the subject of Ron Graham. Thatcher testified that Anderson told him that Graham may have been “cutting corners” in his construction work, and that he, Thatcher, agreed to give Anderson some money to cover expenses while checking out this possibility. That spring, Thatcher stated that he met Anderson on a country road and the latter told him that two men from Calgary were coming into town. Thatcher told Anderson where he would be the following day, and Anderson thereafter showed up with a man Thatcher subsequently knew to be Charlie Wilde, though he did not know Wilde “from a bale of hay” until the preliminary hearing. At that meeting, they told him that they could “lay a good licking on [Ron Graham] or . . . go even further than that”. Thatcher told them that he wasn’t interested in the idea, though he agreed to pay Anderson \$500 expenses in connection with the trip from Calgary.

After the murder, Thatcher testified that he saw Anderson in Regina in late 1982. After exchanging a few remarks, they went to the appellant’s parking space behind the Legislature. There Anderson complained that his car had been towed away from the Legislative grounds. Thatcher testified that he arranged for its return, and later talked to Anderson in the car—a Dodge—where inadvertently he left his top coat, scarf and gloves. He said he did not realize this until some time later, and did not see Anderson again until May 1, 1984, the day their conversation was recorded by

Thatcher also testified about this recorded conversation, and said he was speaking in “Caron slang”. He explained various parts of the conversa-

appartenant aux Anderson. Aucune entente n’avait été conclue et la question était demeurée en suspens, de manière à donner à M. Anderson la possibilité de discuter de la proposition avec sa mère. Anderson a communiqué avec lui quelques mois plus tard pour lui dire que le terrain serait loué à quelqu’un d’autre. Lors de cette rencontre, la conversation a porté sur Ron Graham. Thatcher a déposé qu’Anderson lui avait dit que Graham pouvait avoir [TRADUCTION] «fait des économies» dans ses travaux de construction et que lui-même, Thatcher, avait accepté de donner de l’argent à Anderson pour couvrir les dépenses tout en vérifiant cette possibilité. Ce printemps-là, Thatcher a déclaré qu’il avait rencontré Anderson sur une route de campagne et que ce dernier lui avait dit que deux hommes de Calgary allaient arriver en ville. Thatcher a dit à Anderson où il se trouverait le jour suivant et Anderson par la suite s’est présenté avec un homme dont il a su plus tard qu’il s’agissait de Charlie Wilde, bien qu’il ne le connaissait absolument pas avant l’enquête préliminaire. Lors de cette rencontre, ils lui ont dit qu’ils pourraient [TRADUCTION] «donner une bonne raclée à [Ron Graham] ou [. . .] même aller plus loin que cela». Thatcher leur a dit qu’il n’était pas intéressé par l’idée, bien qu’il ait accepté de payer 500 \$ à Anderson pour couvrir ses dépenses relativement au voyage de Calgary.

Après le meurtre, Thatcher a déposé qu’il avait vu Anderson à Regina vers la fin de 1982. Après avoir échangé quelques observations, ils sont allés à la place de stationnement de l’appelant derrière l’Assemblée législative. À cet endroit, Anderson s’est plaint que sa voiture avait été remorquée du terrain de l’Assemblée législative. Thatcher a déposé qu’il s’était occupé de lui faire ravoier sa voiture et qu’il avait, par la suite, parlé à Anderson dans celle-ci, une Dodge, où il a oublié son pardessus, son foulard et ses gants. Il a affirmé qu’il ne s’en était rendu compte que quelque temps plus tard et n’avait pas revu Anderson avant le 1^{er} mai 1984, le jour où leur conversation a été enregistrée au moyen d’un micro-émetteur de poche.

Thatcher a également déposé au sujet de cette conversation enregistrée et a dit qu’il parlait en [TRADUCTION] «jargon de Caron». Il a expliqué au

tion to the jury. For example, he said he believed Anderson was referring to the top coat, scarf, and gloves, when he said: "Umm, I got rid of the ah stuff outta' the car." And he, Thatcher, was referring to a Tansy Mustard Plant he spotted in the field when he said "son-of-a-bitch" after Anderson said "Ahh, the other one." Thatcher said he talked to Anderson on this occasion because he was interested in knowing what the police were doing and saying to Anderson. Moreover, he stated that Anderson felt he had \$500 coming to him, and that he, Thatcher, did not want a person of Anderson's temperament on his back. Anderson, he suggested, was capable of burning granaries or haystacks if annoyed. He wanted to keep on reasonably good terms with him. Accordingly, on Thursday evening, just before dark, he left the sum of \$550 for Mr. Anderson at the spot where it was located by the police.

Thatcher also denied meeting with Charlie Wilde to give him money or information about Mrs. Wilson's travel plans so that she could be killed in the United States. He also denied using Anderson as a go-between to arrange to have his wife murdered, and said he did not advance \$15,000 for disbursement by Anderson.

With respect to the evidence given by Mr. Collver, Mr. Thatcher also told a different story. Thatcher testified that on New Year's Eve his and Collver's families went out to dinner, consumed a great deal of alcohol, and returned to Collver's dude ranch for a New Year's Eve party. He testified that "Dick is the cheapest drunk in the world" and that, the next morning, when he went down to the kitchen, Collver was sitting there in "that never never land when you are still half drunk and hung over". Thatcher stated that at that time he sought advice from Collver on the legal options available to him in relation to his marital problems, and that Collver told him that he could go to court, settle, or kill his wife. Thatcher testified that Collver was not serious about the third option, that Collver was hung over and used the third option as a rhetorical way of

jury diverses parties de la conversation. Par exemple, il a dit qu'il croyait qu'Anderson parlait du pardessus, du foulard et des gants lorsqu'il a dit: «Hum, je me suis débarrassé des heu choses qui étaient dans l'auto.» Et lui-même, Thatcher, faisait allusion à une tanaïsie qu'il avait remarquée dans le champ lorsqu'il s'est écrié «Saloperie!» après qu'Anderson eut dit «Heu, l'autre.» Thatcher a dit qu'il avait parlé à Anderson à cette occasion parce qu'il était intéressé à savoir ce que la police faisait et ce qu'elle avait dit à Anderson. De plus, il a déclaré qu'Anderson estimait qu'il lui revenait 500 \$ et que lui, Thatcher, ne voulait pas se mettre à dos une personne du tempérament d'Anderson. Anderson, a-t-il dit, était capable de brûler des greniers ou des bottes de foin s'il était contrarié. Il voulait rester en assez bons termes avec lui. Par conséquent, le jeudi soir, juste avant la tombée de la nuit, il a laissé la somme de 550 \$ à l'intention de M. Anderson à l'endroit où elle a été retrouvée par la police.

Thatcher a également nié avoir rencontré Charlie Wilde pour lui donner de l'argent ou des renseignements au sujet des projets de voyage de M^{me} Wilson pour qu'elle puisse être tuée aux États-Unis. Il a également nié avoir utilisé Anderson comme intermédiaire pour organiser le meurtre de son épouse et a dit qu'il n'avait pas avancé 15 000 \$ de frais pour Anderson.

En ce qui a trait au témoignage de M. Collver, Thatcher a également raconté une histoire différente. Thatcher a déposé que la veille du jour de l'an, sa famille et celle de Collver étaient sorties pour souper, avaient bu beaucoup d'alcool et étaient revenues au ranch de tourisme de Collver pour fêter le nouvel an. Il a déposé que [TRADUCTION] «Dick est l'ivrogne le plus radin au monde» et que, le matin suivant, lorsqu'il est descendu à la cuisine, Collver y était assis [TRADUCTION] «perdu dans ses rêves comme c'est le cas quand on est encore à moitié saoul et qu'on a la gueule de bois». Thatcher a déclaré qu'à ce moment-là il avait demandé conseil à Collver en ce qui a trait aux solutions juridiques auxquelles il pouvait avoir recours pour régler ses problèmes matrimoniaux et que Collver lui avait dit qu'il pouvait aller devant les tribunaux, régler à l'amiable ou tuer sa femme.

attempting to persuade Thatcher to settle with his wife.

In his charge to the jury, the trial judge explained the position of the defence briefly as follows: (i) that the evidence did not satisfy the duty on the Crown to establish that Thatcher either killed JoAnn Wilson or that she was killed at his direction; (ii) that the composite drawings were obviously not likenesses of Thatcher; (iii) that the credit card receipt was planted on the scene by someone who wanted to attach blame to Thatcher; (iv) that the tape recorded the statement of Thatcher that he was at home with four people the night of the murder; (v) that Thatcher was seen in Caron when he was supposed to be stalking JoAnn Wilson; (vi) that ammunition of the type used to kill JoAnn was readily available in Canada contrary to police evidence; (vii) that Lynn Mendell was seeking money and power if she could not get Thatcher by marriage she would get him another way; (viii) that Wilde would do anything for a dollar; (ix) that Anderson failed on the tape because he did not dare attempt to get an admission of guilt from Thatcher; and finally, (x) that witnesses testified that Colin Thatcher had been in Moose Jaw and at his ranch the evening of January 21, 1983, the day of the murder.

V

The Charge and the Verdict

In his charge to the jury, despite objection from counsel for the defence, the trial judge indicated to the jury the following direction on potential culpability:

At the outset I should explain to you that there are two ways in which the offence of murder could have been committed by this accused. If you find on the evidence and are satisfied beyond a reasonable doubt that Colin Thatcher did that act or actions himself that caused the death of JoAnn Wilson, it is open to you to find him guilty of murder. Alternatively, if you find that acts

Thatcher a déposé que Collver n'était pas sérieux en ce qui a trait à la troisième solution, que Collver avait la gueule de bois et qu'il s'était servi de la troisième solution comme d'une métaphore
 a pour tenter de le persuader de régler à l'amiable avec son épouse.

Dans son exposé au jury, le juge du procès a brièvement expliqué la position de la défense de la
 b manière suivante: (i) d'après la preuve, le ministre public ne s'est pas acquitté de son obligation d'établir que Thatcher a tué JoAnn Wilson ou encore qu'elle a été tuée sur son ordre; (ii) les portraits-robots n'ont de toute évidence aucune
 c ressemblance avec Thatcher; (iii) le reçu de la carte de crédit a été placé sur les lieux par quelqu'un qui voulait faire porter la blâme sur Thatcher; (iv) le magnétophone a enregistré la
 d déclaration de Thatcher selon laquelle il se trouvait à la maison avec quatre personnes le soir du meurtre; (v) Thatcher a été vu à Caron alors qu'il était supposé être en train de filer JoAnn Wilson; (vi) les munitions du genre utilisé pour tuer JoAnn
 e Wilson étaient facilement disponibles au Canada, contrairement aux éléments de preuve présentés par les policiers; (vii) Lynn Mendell avait soif d'argent et de puissance, si elle ne pouvait avoir Thatcher par le mariage elle l'aurait d'une autre
 f manière; (viii) Wilde ferait n'importe quoi pour un dollar; (ix) Anderson n'a pas réussi avec l'enregistrement parce qu'il n'a pas osé tenter d'obtenir de Thatcher un aveu de culpabilité; et finalement (x)
 g des témoins ont affirmé que Colin Thatcher était à Moose Jaw et à son ranch le soir du 21 janvier 1983, le jour du meurtre.

V

L'exposé au jury et le verdict

Dans son exposé au jury, malgré l'opposition de l'avocat de la défense, le juge du procès a énoncé les directives suivantes sur la possibilité de
 i culpabilité:

[TRADUCTION] Tout d'abord, je voudrais vous expliquer que cet accusé aurait pu commettre l'infraction de meurtre de deux manières. Si, d'après les éléments de preuve, vous concluez et êtes convaincus hors de tout
 j doute raisonnable que Colin Thatcher a lui-même accompli l'acte ou les actes qui ont causé la mort de JoAnn Wilson, il vous est loisible de le déclarer coupable

done or performed by the accused resulted in the death of JoAnn Wilson and were done with the intent that they cause her death, even though the actual killing was done by another or others, it is open to you to find this accused guilty of murder.

The trial judge also referred the jury to s. 21(1) of the *Criminal Code* and further commented:

Colin Thatcher is charged with committing the offence of murder. If you do not find that he did the act of murder himself, he is equally guilty if you find and are satisfied that he either aided or abetted another or others in its commission.

During the charge, the trial judge alluded to the argument of defence counsel that if the jury accepted the evidence of even one of the witnesses who said he was in Moose Jaw at the time of the murder, Thatcher could not have committed the murder. Counsel also told the jury that as the Crown had not produced any evidence that anyone else killed JoAnn Wilson it was the duty of the jury to find him not guilty. The trial judge said:

With respect, I am unable to agree with this argument. I tell you as a matter of law that the fact that the Crown cannot adduce evidence that another individual or individuals actually did the act, does not preclude you from finding that the killing was done on behalf of Colin Thatcher and it is still open to you to return a finding of guilty of murder if you so find.

The judge left the jury with three possible verdicts: not guilty, guilty of first degree murder, or guilty of second degree murder. The jury deliberated from Friday, November 2, 1984 through until Tuesday, November 6, 1984 before returning the verdict of guilty of the offence of first degree murder contrary to s. 218 of the *Criminal Code*.

VI

The Court of Appeal

The Saskatchewan Court of Appeal dismissed the appeal, [1986] 2 W.W.R. 97. Hall J.A. was of

de meurtre. Par ailleurs, si vous concluez que des actes accomplis par l'accusé ont entraîné la mort de JoAnn Wilson et ont été accomplis dans l'intention de causer sa mort même si le meurtre réel a été accompli par une seule ou plusieurs autres personnes, il vous est loisible de déclarer cet accusé coupable de meurtre.

Le juge du procès a également renvoyé le jury au par. 21(1) du *Code criminel* et a ajouté les observations suivantes:

[TRADUCTION] Colin Thatcher est accusé d'avoir commis l'infraction de meurtre. Si vous ne concluez pas qu'il a commis l'acte de meurtre lui-même, il est tout aussi coupable si vous concluez et êtes convaincus qu'il a soit aidé soit encouragé une seule ou plusieurs autres personnes à le commettre.

Au cours de l'exposé, le juge du procès a fait allusion à l'argument de l'avocat de la défense selon lequel, si le jury admettait le témoignage d'un seul des témoins qui ont dit qu'il se trouvait à Moose Jaw au moment du meurtre, Thatcher ne pouvait avoir commis le meurtre. L'avocat a également dit au jury que, étant donné que le ministère public n'avait pas présenté d'éléments de preuve que quelqu'un d'autre avait tué JoAnn Wilson, le jury avait l'obligation de le déclarer non coupable. Le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Avec égards, je suis incapable d'accepter cet argument. Je vous dis qu'en droit le fait que le ministère public ne puisse présenter des éléments de preuve démontrant qu'une seule ou plusieurs autres personnes ont réellement commis l'acte, ne vous empêche pas de conclure que le meurtre a été commis pour le compte de Colin Thatcher et il vous est toujours loisible de rendre un verdict de culpabilité de meurtre si vous parvenez à cette conclusion.

Le juge a laissé au jury la possibilité de rendre trois verdicts: non coupable, coupable de meurtre au premier degré ou coupable de meurtre au deuxième degré. Le jury a délibéré du vendredi 2 novembre 1984 au mardi 6 novembre 1984, pour rendre le verdict de culpabilité de l'infraction de meurtre au premier degré contrairement à l'art. 218 du *Code criminel*.

VI

La Cour d'appel

La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel, [1986] 2 W.W.R. 97. Le juge Hall s'est dit

the opinion that no error of law had been shown that would justify the Court of Appeal setting aside the conviction. The charge to the jury, when read as a whole, was fair and correct. Hall J.A., at p. 105, held that:

The direction of the trial judge to the jury, when reduced to its essence, was that if they found beyond a reasonable doubt that the appellant either killed the deceased himself or caused someone else to kill her, they should find him guilty as charged. Against the background of the evidence adduced that was all that was necessary to properly place the issue before the jury.

and:

In my opinion, it would have been most unreasonable for the jury to have reached any verdict other than it did. It is not a case where it is necessary to consider the curative provisions of Criminal Code contained in s. 613.

Tallis J.A. delivered a more lengthy judgment dismissing the appeal, in which Bayda C.J.S. and Brownridge J.A. concurred. He found the situation in this case somewhat analogous to *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124, where this Court stated, at p. 139:

Murder, like other offences in the *Criminal Code*, such as theft, may be committed in one of several ways. Culpable homicide may be murder under either s. 212 or s. 213. Both sections begin with the words "Culpable homicide is murder where". Farrant was charged with murder. He might fall foul of either section. There was evidence upon which the jury could find a forcible confinement, and the trial judge was correct in stating that, as a matter of law, he was obliged to put both s. 212 and 213 to the jury.

Tallis J.A. also adopted the reasoning of Martin J.A. in *R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443 (Ont. C.A.), at p. 458, quoted with favour by McIntyre J. in *R. v. Isaac*, [1984] 1 S.C.R. 74, at p. 81:

I am of the view that it is also appropriate, where an accused is being tried alone and there is evidence that more than one person was involved in the commission of the offence, to direct the jury with respect to the provisions of s. 21 of the *Code*, even though the identity of

d'avis qu'on n'avait démontré l'existence d'aucune erreur de droit qui justifiait la Cour d'appel d'annuler la déclaration de culpabilité. L'exposé au jury, dans l'ensemble, était juste et correct. Le juge Hall conclut, à la p. 105:

[TRADUCTION] Les directives du juge du procès au jury, lorsqu'elles sont réduites à l'essentiel, portaient que si le jury concluait hors de tout doute raisonnable que l'appellant avait soit tué la victime lui-même soit fait en sorte que quelqu'un d'autre la tue, il devrait le déclarer coupable selon les termes de l'accusation. Compte tenu des éléments de preuve présentés, c'était tout ce qui était nécessaire pour soumettre de manière appropriée la question au jury.

c

et:

[TRADUCTION] À mon avis, il aurait été très déraisonnable que le jury parvienne à un autre verdict. Il ne s'agit pas d'une affaire où il est nécessaire de tenir compte des dispositions curatives de l'art. 613 du Code criminel.

Le juge Tallis a rejeté l'appel dans des motifs plus longs auxquels ont souscrit le juge en chef Bayda de la Saskatchewan et le juge Brownridge. Il a conclu que la situation dans cette affaire était quelque peu semblable à celle dans l'arrêt *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124, où cette Cour affirme, à la p. 139:

Comme les autres infractions décrites au *Code criminel*, le meurtre, tel le vol, peut être commis de différentes façons. L'homicide coupable peut être un meurtre en application de l'art. 212 ou de l'art. 213. Les deux articles commencent par les mots: «L'homicide coupable est un meurtre lorsque». Farrant a été accusé de meurtre. Il pouvait s'attirer les foudres de l'un ou l'autre article. Il y avait des éléments de preuve sur lesquels le jury pouvait conclure à la séquestration et le juge du procès a eu raison de dire qu'en droit il était tenu de soumettre au jury la question de l'application des art. 212 et 213.

Le juge Tallis a également adopté le raisonnement du juge Martin dans *R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443 (C.A. Ont.), à la p. 458, que le juge McIntyre cite et approuve dans *R. c. Isaac*, [1984] 1 R.C.S. 74, à la p. 81:

[TRADUCTION] Je suis d'avis qu'il convient aussi, lorsqu'un seul accusé est jugé et que la preuve indique que plus d'une personne a participé à la perpétration de l'infraction, de donner au jury des directives concernant les dispositions de l'art. 21 du *Code*, même si on ignore

the other participant or participants is unknown, and even though the precise part played by each participant may be uncertain.

Tallis J.A., at p. 167, held there was evidence on which the alternative theory of criminal liability could have been placed before the jury for their consideration:

If the jury concluded, in the light of the description of the person at the scene, that the appellant was not the actual killer, it was still open to them to find that he was a party to the killing. A brief reference to some of the direct and circumstantial evidence shows that a basis did exist for a juror to have concluded that the actual killing was committed by someone else while the appellant was at his home in Moose Jaw, but that the appellant had been instrumental in the killing.

With respect to the argument that the trial judge erred in failing to instruct the jury that they must be unanimous in the way in which the murder was committed, Tallis J.A. observed, as a starting point, that this Court found no error in the charge in *R. v. Farrant*. In that case, although the trial judge directed the jury on alternate ways or means by which the Crown could prove murder beyond a reasonable doubt, he did not direct the jury that they must be unanimous as to the ways or means by which the murder was committed.

Tallis J.A. concluded that the jury members were entitled to reach a unanimous verdict by separate paths of reasoning and that the trial judge was not obliged to direct the jury on unanimity in the manner contended for by counsel for Mr. Thatcher. Tallis J.A. referred to passages from "Alternative Elements and Included Offences" by Glanville Williams, [1984] *C.L.J.* 290, at pp. 291-92; *R. v. Tuckey* (1985), 46 C.R. (3d) 97 (Ont. C.A.); *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.), at pp. 264-65. On the contention that the verdict was unreasonable and could not be supported by the evidence, Tallis J.A., at p. 183, said:

It may fairly be inferred that the jury accepted the Crown evidence that the appellant was involved either

l'identité de tout autre participant et même si le rôle précis de chaque participant peut être incertain.

Le juge Tallis conclut, à la p. 167, qu'il y avait des éléments de preuve en vertu desquels l'autre thèse de la responsabilité criminelle aurait pu être soumise au jury pour qu'il l'examine:

[TRADUCTION] Si le jury concluait, compte tenu de la description de la personne sur les lieux du crime, que l'appellant n'était pas réellement le tueur, il lui était toujours loisible de conclure qu'il était partie au meurtre. Si l'on renvoie brièvement à certains des éléments de preuve directe et circonstancielle, il en ressort qu'il existait un fondement qui permettait à un juré de conclure que le meurtre avait réellement été commis par quelqu'un d'autre alors que l'appellant se trouvait dans sa maison à Moose Jaw, mais que l'appellant avait joué un rôle dans le meurtre.

Quant à l'argument selon lequel le juge du procès a commis une erreur en négligeant d'indiquer au jury qu'il devait être unanime quant à la manière dont le meurtre avait été commis, le juge Tallis a fait remarquer, tout d'abord, que cette Cour n'avait trouvé aucune erreur dans l'exposé dont il était question dans l'affaire *R. c. Farrant*. Dans cette affaire, bien que le juge du procès ait donné des directives au jury quant aux autres manières dont le ministère public pouvait prouver le meurtre hors de tout doute raisonnable, il n'a pas dit au jury qu'il devait être unanime quant à la manière dont le meurtre avait été commis.

Le juge Tallis a conclu que les membres du jury avaient le droit d'arriver à un verdict unanime par des raisonnements distincts et que le juge du procès n'était pas tenu de donner au jury des directives sur l'unanimité, de la manière que soutenait l'avocat de M. Thatcher. Le juge Tallis a mentionné les passages de «Alternative Elements and Included Offences» par Glanville Williams, [1984] *C.L.J.* 290, aux pp. 291 et 292; *R. v. Tuckey* (1985), 46 C.R. (3d) 97 (C.A. Ont.); *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.), aux pp. 264 et 265. Quant à l'argument selon lequel le verdict n'était pas raisonnable et ne pouvait être appuyé par les éléments de preuve, le juge Tallis affirme à la p. 183:

[TRADUCTION] On peut à bon droit déduire que le jury a accepté les éléments de preuve du ministère public

directly or indirectly in the killing of his former wife. In so doing, it is clear they rejected the appellant's contention that he was not criminally involved in the killing, and were satisfied the Crown had proved its case beyond a reasonable doubt. There was overwhelming evidence before the jury to support their verdict. Accordingly this ground of appeal must fail.

Vancise J.A. wrote in dissent. He would have allowed the appeal and ordered a new trial but, at p. 197, having reviewed the evidence in detail, he concluded:

There is evidence which if believed, would indicate that the appellant killed or caused the death of JoAnn Wilson.

He went on, at p. 197, to say:

The appellant denied killing his wife or causing her death. He testified at great length and explained the comments made by Lynn Mendell with respect to statements allegedly attributed to him, as well as the comments made by Anderson. If those comments were believed by the jury, there was doubt, reasonable doubt which would have resulted in his acquittal.

Vancise J.A. was of the opinion the trial judge was wrong in putting s. 21 to the jury and even if not in error in putting s. 21 to the jury, he erred in the manner in which he instructed them on its application. He said, at p. 205:

In my opinion, it was essential for the trial judge to instruct the jury on the application of s. 21 to the facts in this case by dealing with the following matters: the identity of the person seen leaving the Wilson garage; the identity of the person in the car observed in the vicinity of the Wilson residence; the fact that the car was assigned to the appellant; the import of the credit card receipt; any evidence which connected the appellant to an unknown killer; and, more importantly, the defence witnesses who placed the appellant at home at the time of the murder. By failing to deal with the evidence in that manner, the charge was confusing, particularly in light of the Crown's emphasis on the appellant's guilt as principal and not as an aider and abetter. When one couples that with the statement of the trial judge, that the failure of the Crown to adduce evidence that another individual actually did the act would not preclude the jury from finding that the killing

selon lesquels l'appelant était impliqué directement ou indirectement dans le meurtre de son ex-épouse. Ainsi, il est clair qu'il a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel il n'était pas impliqué criminellement dans le meurtre et qu'il était convaincu que le ministère public avait présenté une preuve hors de tout doute raisonnable. Le jury disposait d'éléments de preuve accablants pour appuyer son verdict. Par conséquent, ce moyen d'appel doit échouer.

Le juge Vancise a exprimé une dissidence. Il aurait accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès mais, à la p. 197, après avoir examiné en détail les éléments de preuve, il conclut:

[TRADUCTION] Il y a des éléments de preuve qui, à mon avis, indiqueraient que l'appelant a tué JoAnn Wilson ou a causé sa mort.

Il poursuit à la p. 197:

[TRADUCTION] L'appelant a nié avoir tué sa femme ou avoir causé sa mort. Il a présenté un long témoignage et a expliqué les observations faites par Lynn Mendell en ce qui a trait aux déclarations qu'on veut lui attribuer ainsi que les observations faites par Anderson. Si le jury avait cru ces observations, un doute aurait été soulevé, un doute raisonnable qui aurait entraîné son acquittement.

Le juge Vancise était d'avis que le juge du procès avait commis une erreur en mentionnant l'art. 21 au jury et que, même si cela ne constituait pas une erreur, il a commis une erreur dans la manière dont il a donné des directives sur l'application de cet article. Voici ce qu'il dit à la p. 205:

[TRADUCTION] À mon avis, il était essentiel que le juge du procès donne des directives au jury sur l'application de l'art. 21 aux faits de l'espèce en traitant des questions suivantes: l'identité de la personne qu'on a vu quitter le garage des Wilson; l'identité de la personne dans la voiture aperçue dans le voisinage de la résidence des Wilson; le fait que la voiture était inscrite au nom de l'appelant; l'importance du reçu de carte de crédit; tout élément de preuve qui liait l'appelant à un tueur inconnu; et, qui plus est, les témoins de la défense selon lesquels l'appelant se trouvait à la maison au moment du meurtre. En ne traitant pas des éléments de preuve de cette manière, l'exposé créait de la confusion, compte tenu particulièrement de l'insistance du ministère public sur la culpabilité de l'appelant à titre d'auteur principal et non comme personne qui a aidé et encouragé. Lorsqu'on ajoute à cela la déclaration du juge du procès portant que l'omission du ministère public de présenter

was done on behalf of the appellant was, an invitation to the jury to find, in the absence of evidence that there was another person acting together with the appellant, that the appellant could be an aider and abetter to the offence. Such nondirection, in my opinion, amounts to misdirection.

With respect to the contention that the trial judge erred in failing to instruct the jury that they were required to be unanimous with respect to the guilt of Thatcher as principal *simpliciter* or as an aider or abettor of the offence, Vancise J.A., at p. 207, held:

Here the offence could be committed by the appellant as principal or as a party as defined by s. 21 of the Code. The appellant was charged with a single offence carrying a single conviction and the jury need not agree on any particular way in which the offence was committed. This ground of appeal fails.

Vancise J.A. did not think the trial judge gave a fair picture of the defence. In his view the defence of alibi was not treated fairly. The trial judge's handling of the evidence of one of the witnesses, Mr. Merchant, and the perfunctory manner in which he dealt with remaining defence evidence was, as I have indicated, in the opinion of Vancise J.A., tantamount to withdrawing the fact finding function from the jury. Another flaw, in the view of Vancise J.A., was that the jury members were instructed to determine which of two conflicting versions of evidence they would accept. They were instructed to accept one and reject the other. This, in his view, constituted an error in law.

VII

The Issues Before this Court

The issues can be stated as follows:

des éléments de preuve qu'une autre personne a réellement commis l'acte n'empêche pas le jury de conclure que le meurtre a été accompli pour le compte de l'appellant, cela constitue une invitation faite au jury à conclure, en l'absence d'éléments de preuve selon lesquels une autre personne agissait de concert avec l'appellant, que l'appellant peut avoir aidé ou encouragé quelqu'un à commettre l'infraction. Une telle absence de directives, à mon avis, équivaut à des directives erronées.

Quant à l'argument selon lequel le juge du procès a commis une erreur en ne disant pas au jury qu'il était tenu d'être unanime en ce qui a trait à la culpabilité de Thatcher en tant qu'auteur de l'infraction sans plus ou en tant que personne qui a aidé ou encouragé à la commettre, le juge Vancise conclut à la p. 207:

[TRADUCTION] En l'espèce, l'infraction pouvait avoir été commise par l'appellant à titre d'auteur ou à titre de partie selon la définition de l'art. 21 du Code. L'appellant a été accusé d'une seule infraction comportant une seule déclaration de culpabilité et le jury n'est pas tenu d'être d'accord sur quelque manière particulière dont l'infraction a été commise. Ce moyen d'appel échoue.

Le juge Vancise n'a pas cru que le juge du procès avait donné une description exacte de la défense. À son avis, la défense d'alibi n'avait pas été traitée équitablement. Le traitement qu'a réservé le juge du procès au témoignage de l'un des témoins, M. Merchant, et la manière superficielle dont il a traité les autres éléments de preuve de la défense revenaient, comme je l'ai indiqué, selon le juge Vancise, à dépouiller le jury de sa fonction de juge des faits. De l'avis du juge Vancise, une autre faille était due au fait que les jurés ont reçu comme directive de déterminer laquelle des deux versions contradictoires des témoignages ils accepteraient. Ils ont reçu comme directive d'en accepter une et de rejeter l'autre. À son avis, cela constituait une erreur de droit.

VII

Les questions en litige devant cette Cour

Les questions peuvent être énoncées de la manière suivante:

(i) *No Evidence to Support Crown's Alternate Theory*

Was there an evidentiary foundation to justify putting to the jury the Crown's alternate theory of the case that Thatcher was a party to the offence under s. 21, rather than a principal?

(ii) *Failure to Relate Law to the Facts Regarding the Crown's Alternative Theory*

Even if there was sufficient evidence, did the trial judge fail to instruct the jury adequately on the application of the legal principles of s. 21 to the evidence in the case?

(iii) *Jury Unanimity as to the Material Facts*

Did the trial judge err by failing to instruct the jury that it had to be unanimous in relation to either whether Thatcher personally killed the victim or whether he aided and abetted another person to kill the victim?

(iv) *The Nadeau Issue*

Did the trial judge err in putting the jurors to a choice between accepting the evidence of some witnesses or accepting the evidence of Thatcher, thereby reducing the burden of proof? Can such an error be cured by s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*?

(v) *Unfair Jury Charge*

Did the trial judge adequately summarize the evidence or the theory of the defence?

I propose to deal with each of these issues in the above order. Before doing so, I should again point out that the primary theory of the Crown was that Thatcher personally killed JoAnn Wilson though it wished to leave open the possibility that Thatcher may have committed the murder indirectly, by hiring someone else to perform the physical act of killing. The trial judge, in charging the jury, rightly gave far more emphasis to the Crown's primary theory.

(i) *L'absence d'éléments de preuve à l'appui de la seconde thèse du ministère public*

Y avait-il des éléments de preuve qui justifiaient la présentation au jury de la seconde thèse du ministère public selon laquelle Thatcher était une partie à l'infraction au sens de l'art. 21 plutôt que l'auteur de celle-ci?

(ii) *L'omission d'établir un rapport entre le droit et les faits concernant la seconde thèse du ministère public*

Même s'il y avait suffisamment d'éléments de preuve, le juge du procès a-t-il donné des directives appropriées au jury sur l'application des principes juridiques de l'art. 21 aux éléments de preuve en l'espèce?

(iii) *L'unanimité du jury en ce qui a trait aux faits pertinents*

Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne donnant pas au jury des directives selon lesquelles il devait être unanime quant à la question de savoir si Thatcher a tué personnellement la victime ou s'il a aidé ou encouragé une autre personne à la tuer?

(iv) *La question de l'arrêt Nadeau*

Le juge du procès a-t-il commis une erreur en donnant aux jurés le choix d'accepter le témoignage de certains témoins ou d'accepter le témoignage de Thatcher, réduisant par le fait même le fardeau de la preuve? Une telle erreur peut-elle être réparée au moyen du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*?

(v) *L'exposé injuste au jury*

Le juge du procès a-t-il adéquatement résumé les éléments de preuve ou la thèse de la défense?

Je propose de traiter chacune de ces questions dans l'ordre susmentionné. Avant de le faire, je voudrais encore une fois souligner que la thèse principale du ministère public était que Thatcher a personnellement tué JoAnn Wilson, quoiqu'il souhaitait ne pas écarter la possibilité que Thatcher ait pu commettre le meurtre indirectement, en engageant quelqu'un d'autre pour exécuter le meurtre. Dans son exposé au jury, le juge du procès a eu raison de mettre l'accent beaucoup plus sur la thèse principale du ministère public.

(i) *No Evidence to Support the Crown's Alternate Theory*

There is no merit whatsoever to this ground of appeal. At page 167 of his judgment, Tallis J.A. cites the following evidence:

(i) The jury could have inferred that the person in the car watching the Wilson residence in the days before the murder was someone other than the appellant, but that the car, which was identified as one checked out to the appellant, had been supplied to this person by the appellant.

(ii) The evidence of witnesses such as Collver, Mendell, Anderson and Wilde, indicated not only that the appellant had a motive for such a killing, but that he had been interested in hiring or getting someone else to do the actual shooting.

(iii) The calibre and type of bullet found in the skull of the deceased were consistent with the use of the appellant's .357 Ruger revolver in the shooting.

(iv) Anderson's evidence that he delivered a car and the revolver on the day of the murder support either theory.

In addition to the above, there is the evidence of witness Dotson regarding an individual leaving the scene of the crime at about the time of the crime. There is also the evidence on the tape, which, if Thatcher's explanations are not believed, are consistent with Thatcher having procured the death of his wife. And, of course, there is the alibi evidence of Hammond, Wright, Silversides and the Thatcher boys, which, if accepted at all, is consistent with the Crown's alternate theory.

In short, there is very strong evidence, particularly in relation to the murder weapon and the appellant's desire to kill his ex-wife, connecting Thatcher with the crime. There is some evidence which, if believed, points to his not having committed the crime personally. The facts are for the jury, and the trial judge was correct not to preclude the jury from considering all the alternatives. There is, of course, no burden on the Crown to point to a specific, identified person as the personal assailant of the victim. The trial judge

(i) *L'absence d'éléments de preuve à l'appui de la seconde thèse du ministère public*

Ce moyen d'appel n'est aucunement fondé. Le juge Tallis, à la p. 167 de sa décision, cite les éléments de preuve suivants:

[TRADUCTION] (i) Le jury aurait pu déduire que la personne qui, dans la voiture, surveillait la résidence des Wilson au cours des jours qui ont précédé le meurtre était quelqu'un d'autre que l'appellant, mais que la voiture, qui a été identifiée comme ayant été inscrite au nom de l'appellant, avait été fournie à cette personne par l'appellant.

(ii) Les témoignages des témoins, comme Collver, Mendell, Anderson et Wilde, indiquaient non seulement que l'appellant avait un motif pour accomplir un tel meurtre, mais qu'il avait été intéressé à engager ou trouver quelqu'un d'autre pour tirer réellement sur la victime.

(iii) Le calibre et le type de balle trouvée dans le crâne de la victime étaient compatibles avec la possibilité que le revolver Ruger de calibre .357 de l'appellant ait servi à tirer le coup.

(iv) Le témoignage d'Anderson selon lequel il a livré la voiture et remis le revolver le jour du meurtre appuie l'une ou l'autre thèse.

En plus de ce qui précède, il y a la déposition du témoin Dotson concernant la personne qui a quitté le lieu du crime à peu près au moment où le crime a été commis. Il y a également le témoignage sur bande magnétique, qui, si l'on n'ajoute pas foi aux explications de Thatcher, est compatible avec la possibilité que Thatcher ait fait assassiner son épouse. De plus, évidemment, il y a les témoignages d'alibi de Hammond, Wright, Silversides et des fils Thatcher, qui, si jamais ils sont acceptés, sont compatibles avec la seconde thèse du ministère public.

Bref, il y a des éléments de preuve très solides, particulièrement en ce qui a trait à l'arme du crime et à la volonté de l'appellant de tuer son ex-épouse, qui relie Thatcher au crime. Il y a certains éléments de preuve qui, si on leur ajoute foi, indiquent qu'il n'a pas commis le crime personnellement. Le jury doit apprécier les faits et le juge du procès a eu raison de ne pas empêcher le jury d'examiner toutes les possibilités. Évidemment, le ministère public n'a aucune obligation d'identifier une personne en particulier comme étant person-

was cognizant of this fact and he rightly instructed the jury in the following way:

It is not your concern whether some other person or persons have neither been charged or found guilty of the offence of murder. Nor is it your concern whether or not the person who actually committed the crime is known. If you are satisfied from the evidence that JoAnn Thatcher was murdered and that this accused aided or abetted in the commission of the murder, it is open to you to find him guilty of murder. But again if the Crown has failed to satisfy you that Colin Thatcher either committed the murder or that someone else did so, aided and abetted by Colin Thatcher, then you must give him the benefit of the doubt and find him not guilty.

In my view, the case meets the requirements set out by Martin J.A. in *R. v. Sparrow, supra*, at p. 458 (approved by McIntyre J. in *R. v. Isaac, supra*):

I am of the view that it is also appropriate, where an accused is being tried alone and there is evidence that more than one person was involved in the commission of the offence, to direct the jury with respect to the provisions of s. 21 of the *Code*, even though the identity of the other participant or participants is unknown, and even though the precise part played by each participant may be uncertain. It is, in my view, however, improper to charge the jury with respect to the liability of the accused as a party under s. 21 where there is no evidence proper to be left with the jury that more than one person was actually involved in the commission of the offence.

Since there was such evidence, the trial judge's direction concerning s. 21 of the *Code* was perfectly proper.

(ii) *Failure to Relate the Law to the Facts Regarding the Crown's Alternative Theory*

The trial judge read the contents of s. 21(1) to the jury and referred, correctly, to what was meant by the term "aiding" or "abetting": "intentional encouragement or assistance in the commission of the offence". As stated, he pointed out that the actual perpetrator need not be identified. He thus accurately stated the law as to s. 21(1).

nellement l'assaillant de la victime. Le juge du procès le savait et il a correctement donné des directives au jury de la manière suivante:

[TRADUCTION] Vous n'avez pas à vous préoccuper de la question de savoir si une autre ou d'autres personnes n'ont pas été accusées ou déclarées coupables de l'infraction de meurtre. Vous n'avez pas non plus à vous préoccuper de la question de savoir si la personne qui a réellement commis le crime est connue. Si vous êtes convaincus d'après les éléments de preuve que JoAnn Thatcher a été assassinée et que l'accusé a aidé ou encouragé à commettre le meurtre, il vous est loisible de le déclarer coupable de meurtre. Mais encore une fois, si le ministère public ne vous a pas convaincus soit que Colin Thatcher a commis le meurtre soit que quelqu'un d'autre l'a fait avec l'aide et l'encouragement de Colin Thatcher, alors vous devez lui donner le bénéfice du doute et le déclarer non coupable.

À mon avis, l'affaire satisfait aux exigences énoncées par le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Sparrow*, précité, à la p. 458 (approuvé par le juge McIntyre dans *R. c. Isaac*, précité):

[TRADUCTION] Je suis d'avis qu'il convient aussi, lorsqu'un seul accusé est jugé et que la preuve indique que plus d'une personne a participé à la perpétration de l'infraction, de donner au jury des directives concernant les dispositions de l'art. 21 du *Code*, même si on ignore l'identité de tout autre participant et même si le rôle précis de chaque participant peut être incertain. Toutefois, à mon avis, il ne convient pas de donner des directives au jury concernant la responsabilité de l'accusé en tant que partie au sens de l'art. 21 lorsqu'on ne peut soumettre au jury aucun élément de preuve approprié démontrant que plus d'une personne a réellement participé à la perpétration de l'infraction.

Étant donné l'existence de ces éléments de preuve, les directives du juge du procès concernant l'art. 21 du *Code* étaient parfaitement appropriées.

(ii) *L'omission d'établir un rapport entre le droit et les faits concernant la seconde thèse du ministère public*

Le juge du procès a lu le texte du par. 21(1) au jury et a mentionné, à bon droit, le sens de l'expression «aider» ou «encourager»: [TRADUCTION] «encourager ou aider délibérément à commettre l'infraction». Comme je l'ai déclaré, il a souligné qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur réel soit identifié. Ainsi, cela constitue un énoncé exact du droit relativement au par. 21(1).

Instead of carving his jury charge into discrete sections in which he reviewed the evidence consistent with Thatcher having personally committed the murder, Thatcher having committed the murder by means of s. 21(1), and, finally, Thatcher not having committed the murder at all, the trial judge simply went through the evidence of each witness in turn. I do not think he was wrong in this. Much of the Crown evidence was consistent with either Crown theory, and much of the defence evidence was consistent with either Thatcher's innocence or his guilt under s. 21(1). It is not incumbent on a trial judge to go through the evidence in a repetitive fashion which could only have bored the jury. Nor do I think we should assume jurors are so unintelligent that they will fail to see the obvious: the presence of a government car at the home of the victim, when combined with evidence suggesting that the man in the car was not Thatcher, may point to Thatcher's having aided and abetted; and surely they can discern that the alibi evidence, if believed, when combined with the murder weapon evidence, may point to a similar conclusion.

Furthermore, it is obvious that the two Crown theories are not legally different views of what happened. The whole point of s. 21(1) is to put an aider or abettor on the same footing as the principal. To stress the difference between the Crown theories might leave a jury with the erroneous impression that it is vital for the jurors to decide individually and collectively which way the victim was killed. But the correctness of this point hinges on issue (iii), below, and I will pursue it in that context.

(iii) *Jury Unanimity as to the Material Facts*

This is the most difficult issue presented by the case. I have noted that as there was no dissent on

Au lieu de séparer son exposé au jury en sections distinctes dans lesquelles il aurait passé en revue les éléments de preuve compatibles avec la possibilité que Thatcher ait personnellement commis le meurtre, que Thatcher ait commis le meurtre selon les termes du par. 21(1) et finalement, que Thatcher n'ait absolument pas commis le meurtre, le juge du procès a simplement examiné le témoignage de chaque témoin l'un après l'autre. Je ne crois pas qu'il a commis une erreur en agissant ainsi. De nombreux éléments de preuve du ministère public sont compatibles avec l'une ou l'autre de ses thèses et de nombreux éléments de preuve de la défense sont compatibles avec l'innocence de Thatcher ou avec sa culpabilité aux termes du par. 21(1). Il n'incombe pas au juge du procès d'examiner les éléments de preuve d'une manière répétitive qui aurait seulement pour effet d'ennuyer le jury. Je ne crois pas non plus que nous devrions présumer que les jurés ne sont pas suffisamment intelligents pour voir ce qui est évident: la présence d'une voiture du gouvernement à la maison de la victime, lorsqu'elle est combinée avec des éléments de preuve donnant à entendre que l'homme dans la voiture n'était pas Thatcher, peut indiquer que Thatcher a aidé ou encouragé; et ils peuvent certainement constater que l'élément de preuve d'alibi, si on y ajoute foi, peut entraîner une conclusion semblable lorsqu'il est combiné avec l'élément de preuve relatif à l'arme du crime.

En outre, il est évident que les deux thèses du ministère public ne constituent pas des points de vue juridiquement différents sur ce qui s'est produit. Le paragraphe 21(1) a essentiellement pour but de placer la personne qui aide ou qui encourage sur le même pied que l'auteur de l'infraction. Mettre l'accent sur la différence entre les thèses du ministère public pourrait donner au jury la fausse impression qu'il est vital que les jurés décident individuellement et collectivement de quelle manière la victime a été tuée. Toutefois, la justesse de ce point repose sur la question (iii), ci-après, et je suis d'avis de l'examiner dans ce contexte.

(iii) *L'unanimité du jury en ce qui a trait aux faits pertinents*

C'est la question la plus difficile qui est soulevée en l'espèce. J'ai souligné que, puisqu'il n'y avait eu

the point in the Court of Appeal, leave of this Court was required and was granted.

I begin my analysis of this issue by quoting s. 21(1) of the *Criminal Code*:

21. (1) Every one is a party to an offence who
- (a) actually commits it,
 - (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it, or
 - (c) abets any person in committing it.

This provision is designed to make the difference between aiding and abetting and personally committing an offence legally irrelevant. It provides that either mode of committing an offence is equally culpable and, indeed, that whether a person personally commits or only aids and abets, he is guilty of that offence, in this case, causing the death of JoAnn Wilson, and not some separate distinct offence. This is in contrast with the provisions of the *Code* relating to accessories after the fact or conspirators (ss. 421 and 423) which create distinct offences for involvement falling short of personal commission.

In *Chow Bew v. The Queen*, [1956] S.C.R. 124, Locke J. (Taschereau and Fauteux JJ. concurring) explained the effect of the predecessor provision to s. 21 at pp. 126-27:

The first sentence of s. 69 provides, *inter alia*, that every one is a party to and guilty of an offence who actually commits it, or does or omits an act for the purpose of aiding any person to commit the offence, or abets any person in committing it. This section appeared as s. 61 when the *Code* was first enacted in 1892.

As it affects the present case, the matter is thus stated in the 10th Edition of *Russell on Crime*, at p. 1853, as follows:

Thus where several persons are together for the purpose of committing a breach of the peace, assaulting persons who pass, and while acting together in that common object, a fatal blow is given, it is immaterial which struck the blow, for the blow given under such circumstances is in point of law the blow

aucune dissidence sur cette question en Cour d'appel, l'autorisation de cette Cour était nécessaire et elle a été accordée.

J'analyse cette question en citant tout d'abord le par. 21(1) du *Code criminel*:

21. (1) Est partie à une infraction quiconque
- a) la commet réellement,
 - b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre, ou
 - c) encourage quelqu'un à la commettre.

Cette disposition est destinée à rendre juridiquement sans importance la différence entre le fait d'aider et d'encourager à commettre une infraction et le fait de la commettre personnellement. Elle prévoit que chaque mode de perpétration d'une infraction entraîne la même culpabilité et, en fait, que peu importe qu'une personne commette personnellement ou qu'elle aide ou encourage seulement, elle est coupable de cette infraction consistant, en l'espèce, à avoir causé la mort de JoAnn Wilson et non d'une quelconque infraction distincte. Cela contraste avec les dispositions du *Code* relatives à la complicité après le fait ou au complot (art. 421 et 423) qui créent des infractions distinctes pour la participation qui ne consiste pas à avoir commis l'infraction personnellement.

Dans l'arrêt *Chow Bew v. The Queen*, [1956] R.C.S. 124, le juge Locke (aux motifs duquel ont souscrit les juges Taschereau et Fauteux) explique, aux pp. 126 et 127, l'effet de la disposition qui a précédé l'art. 21:

[TRADUCTION] La première phrase de l'art. 69 prévoit notamment qu'est fauteur et coupable de l'infraction celui qui la commet en réalité ou fait ou s'abstient de faire quelque chose dans le but d'aider quelqu'un à la commettre ou provoque ou excite quelqu'un à la commettre. Cette disposition constituait l'art. 61 lorsque le *Code* a été adopté pour la première fois en 1892.

Comme elle a un effet en l'espèce, la question est énoncée dans la 10^e édition de *Russell on Crime*, à la p. 1853, de la manière suivante:

Ainsi, lorsque plusieurs personnes sont réunies dans le but de troubler la paix, d'agresser les passants et que, pendant qu'elles agissent ensemble pour réaliser cet objectif commun, un coup mortel est porté, il n'est pas important de savoir qui a donné le coup, car le coup a été donné dans des circonstances telles qu'il

of all, and it is unnecessary to prove which struck the blow.

There was evidence in the present matter from which a jury might properly draw the inference that the appellant and Cathro had meant to inflict grievous bodily injury to Ah Wing and had aided and abetted each other in doing so for the purpose of facilitating the commission of the offence of robbery and that his death had resulted. If the jury chose to draw this inference, the offence was murder as defined by s. 260, whether they or either of them meant that death should ensue or knew that death was likely to ensue. In such circumstances, it would be a matter of indifference which of the two struck the fatal blow or inflicted the fatal injury, since each would be liable in law for the act of the other.

Locke J.'s discussion points to one of the principal policy arguments for not requiring jury unanimity as to which of the subsections of s. 21 grounds the criminal liability of a particular accused: it would otherwise be open to co-accused to escape conviction by imbuing members of a jury with doubt as to which of the co-accused physically performed the criminal act, even if the jurors entertained no doubt that any individual co-accused either personally committed the crime or else aided and abetted in its commission. This policy concern was recognized long ago by Pollock C.B. in *R. v. Swindall and Osborne* (1846), 2 Car. & K. 230, 175 E.R. 95, a case which predated the abolition of the distinction between principals and accomplices.

The Court canvassed the authorities in considerable detail in *R. v. Harder*, [1956] S.C.R. 489, and articulated the proposition that it was unnecessary for the Crown to specify in an indictment that an accused was being charged as a party rather than as a principal *simpliciter*. Rand J. at p. 498 refers to an old English case, *R. v. Folkes and Ludds* (1832), 1 Mood. 354, 168 E.R. 1301, in which, upon Rand J.'s view of the case, the judges held that a defendant could be convicted by a jury on a count of having feloniously ravished the prosecutrix "either on the evidence going to the ravishment or that going to his secondary role as abettor". Kellock J. referred with approval at

constitue en droit un coup donné par tous et il n'est pas nécessaire de démontrer qui l'a porté.

Il y avait en l'espèce des éléments de preuve qui pourraient justifier un jury de déduire que l'appelant et Cathro avaient voulu infliger des blessures graves à Ah Wing et qu'ils s'étaient aidés et encouragés mutuellement à le faire dans le but de faciliter la perpétration de l'infraction de vol qualifié et que son décès en avait résulté. Si le jury avait choisi de faire cette déduction, l'infraction était le meurtre défini à l'art. 260 qu'ils aient ou non voulu ensemble ou individuellement que la mort s'ensuive ou qu'ils aient su que la mort était susceptible de s'ensuivre. Dans de telles circonstances, il ne serait pas important de savoir lequel des deux a porté le coup mortel ou a infligé la blessure mortelle étant donné que chacun serait responsable en droit de l'acte de l'autre.

L'analyse du juge Locke souligne l'un des principaux arguments de principe selon lesquels il n'est pas nécessaire que le jury soit unanime quant à la question de savoir lequel des paragraphes de l'art. 21 constitue le fondement de la responsabilité criminelle d'un accusé en particulier: autrement, le coaccusé pourrait éviter d'être déclaré coupable en semant le doute parmi les membres d'un jury quant à savoir lequel des coaccusés a réellement accompli l'acte criminel, même si les jurés n'ont aucun doute que l'un ou l'autre des coaccusés a personnellement commis le crime ou a aidé et encouragé à le perpétrer. Cette préoccupation générale a été reconnue depuis longtemps par le baron en chef Pollock dans *R. v. Swindall and Osborne* (1846), 2 Car. & K. 230, 175 E.R. 95, une affaire antérieure à l'abolition de la distinction entre les auteurs et les complices.

La Cour a passé en revue de manière très détaillée la jurisprudence et la doctrine dans *R. v. Harder*, [1956] R.C.S. 489, et a formulé la proposition selon laquelle il n'était pas nécessaire que le ministère public précise dans un acte d'accusation que l'inculpé était accusé à titre de partie plutôt qu'à titre d'auteur de l'infraction sans plus. Le juge Rand, à la p. 498, mentionne un vieil arrêt anglais, *R. v. Folkes and Ludds* (1832), 1 Mood. 354, 168 E.R. 1301, dans lequel, selon la conception que celui-ci avait de l'arrêt, les juges ont conclu qu'un défendeur pouvait être déclaré coupable par un jury relativement à un chef d'accusation d'avoir criminellement enlevé la poursuivante

pp. 500-01 to the following passage from Sir Henri Elzéar Taschereau's work on the *Criminal Code*:

The prosecutor may, at his option, prefer an indictment against the accessories before the fact, and aiders and abettors as principal offenders, whether the party who actually committed the offence is indicted with them or not; *R. v. Tracey*, 6 Mod. 30. For instance: A. abetted in the commission of a theft by B. The indictment may charge A. and B. jointly or A. or B. alone as guilty of the offence, in the ordinary form, as if they had actually stolen by one and the same act . . .

In every case where there may be a doubt whether a person be a principal or accessory before the fact, it may be advisable to prefer the indictment against him as a principal, as such an indictment will be sufficient whether it turn out on the evidence that such person was a principal or accessory before the fact, as well as where it is clear that he was either the one or the other but it is uncertain which he was. [Emphasis added.]

To the same effect, Kellock J. cites passages from *Russell on Crime* (10th ed. 1950) and *Archbold's Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases* (33rd ed. 1954).

I should perhaps note that the old common law authorities stand for the proposition that an indictment may charge all who are present and abet the act as principals in the first degree. As Fauteux J. states in *Harder*, at p. 492:

At common law, the actor or actual perpetrator of the fact and those who are, actually or constructively, present at the commission of the offence and aid and abet its commission, are distinguished as being respectively principal in the first degree and principals in the second degree; yet, in all felonies in which the punishment of the principal in the first degree and of the principals in the second degree is the same, the indictment may charge all who are present and abet as principals in the first degree.

[TRADUCTION] «soit en vertu de l'élément de preuve relatif au rapt soit en vertu de son rôle secondaire de personne qui a encouragé à le commettre». Le juge Kellock a mentionné et approuvé ^a l'extrait suivant de l'ouvrage sur le *Code criminel*, de sir Henri Elzéar Taschereau, aux pp. 500 et 501:

[TRADUCTION] Le poursuivant peut choisir de présenter un acte d'accusation contre les complices avant le fait et les personnes qui ont aidé et encouragé à titre ^b d'auteurs de l'infraction, peu importe que la partie qui a réellement perpétré l'infraction soit accusée avec eux ou non; *R. v. Tracey*, 6 Mod. 30. Par exemple, A est encouragé à commettre un vol par B. L'acte d'accusation peut accuser A et B conjointement ou A ou B ^c individuellement d'avoir commis l'infraction selon la formule ordinaire comme s'ils avaient réellement réalisés le vol au moyen d'un seul et même acte . . .

Dans tous les cas où il peut y avoir un doute quant à ^d savoir si une personne est l'auteur ou le complice avant le fait, il peut être souhaitable de présenter l'acte d'accusation contre elle à titre d'auteur de l'infraction, étant donné qu'un tel acte d'accusation sera suffisant peu importe que la preuve démontre que cette personne était ^e l'auteur ou un complice avant le fait, de même que s'il est évident qu'elle était l'un ou l'autre mais que son rôle est incertain. [C'est moi qui souligne.]

Dans le même sens, le juge Kellock cite des ^f extraits de *Russell on Crime* (10th ed. 1950) et d'*Archbold's Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases* (33rd ed. 1954).

Je devrais peut-être souligner que la doctrine et ^g la jurisprudence anciennes de *common law* appuient la proposition selon laquelle un acte d'accusation peut inculper tous ceux qui sont présents et qui encouragent la perpétration de l'acte à titre d'auteurs au premier degré. Comme le juge ^h Fauteux l'affirme dans l'arrêt *Harder*, à la p. 492:

[TRADUCTION] En *common law*, une distinction est établie entre l'auteur ou celui qui a réellement commis l'infraction et ceux qui sont présents, réellement ou par déduction, lors de la perpétration de l'infraction et qui ⁱ aident et encouragent à la perpétrer; suivant cette distinction, ils sont respectivement auteurs au premier degré et auteurs au deuxième degré; toutefois, dans tous les crimes où la peine est la même pour l'auteur au premier degré et pour les auteurs au deuxième degré, ^j l'acte d'accusation peut inculper tous ceux qui sont présents et qui encouragent à titre d'auteurs au premier degré.

Thus, the common law generally drew no distinction between a principal in the first degree (someone who actually committed the offence) and a principal in the second degree (someone who was actually or constructively present but who only aided and abetted in the commission of the offence) for the purposes of indictment. The upshot of this rule was stated in *East, Pleas of the Crown* (1803), vol. 1, at p. 350: "the blow of one is, in law, the blow of all". The common law did, however, draw a distinction between principals and accessories. Accessories were those who conspired with the principal in the first degree or who aided and abetted him but were neither actually nor constructively present at the scene of the crime. See *R. v. Smith* (1876), 38 U.C.Q.B. 218, at pp. 227-28. Thus, if Thatcher aided and abetted, rather than personally committed, I do not think it is contended that he was necessarily physically present at the murder. Therefore, his case might well not fall within the old common law rule permitting one charge but two different possible modes of participation in the offence. But this is precisely the distinction that disappeared when Parliament abolished the common law distinction between principals and accessories. As Fauteux J. states in *Harder*, at p. 493, in relation to s. 21's predecessor:

This Imperial statute [24 & 25 Vict. c. 94], later adopted into Canadian law (R.S.C. 1886, c. 145) practically brought to an end the distinctions between accessories before the fact and principals in the second degree.

By the enactment of section 61, the predecessor of section 69, these distinctions in the substantive law entirely disappeared from our criminal laws when codified in 1892. With them, of course, also disappeared, because being made no longer necessary, the relevant adjective rules related to the framing of the indictment of such persons who, not actually committing the offence charged, were then made, by statute, principals and equally party to, guilty of and punishable for the offence as if actually committed by them. It is unthinkable that, getting rid of the difficulties arising out of these prior distinctions, Parliament would, in the same breath, have created new ones by refusing to the Crown the right to indict—which right it had before, under

Ainsi, la *common law* n'établissait généralement aucune distinction entre un auteur au premier degré (quelqu'un qui a réellement commis l'infraction) et un auteur au deuxième degré (quelqu'un qui était présent réellement ou par déduction et qui a seulement aidé ou encouragé à perpétrer l'infraction) aux fins de l'acte d'accusation. Le résultat de cette règle a été énoncé dans *East, Pleas of the Crown* (1803), vol. 1, à la p. 350: [TRADUCTION] «le coup porté par une personne est, en droit, un coup porté par tous». Toutefois, la *common law* a établi une distinction entre les auteurs et les complices. Les complices sont ceux qui ont comploté avec l'auteur au premier degré ou qui l'ont aidé et encouragé, mais qui n'étaient présents ni réellement ni par déduction sur les lieux du crime. Voir *R. v. Smith* (1876), 38 U.C.Q.B. 218, aux pp. 227 et 228. Ainsi, si Thatcher a aidé et encouragé plutôt que commis le crime personnellement, je ne crois pas qu'on soutienne qu'il était nécessairement présent physiquement lors du meurtre. Par conséquent, il se peut très bien que son cas ne tombe pas sous le coup de l'ancienne règle de *common law* qui permet une seule accusation mais deux différents modes possibles de participation à l'infraction. Toutefois, c'est précisément cette distinction qui est disparue lorsque le Parlement a aboli la distinction de *common law* entre les auteurs et les complices. Comme le juge Fauteux l'affirme dans *Harder*, à la p. 493, relativement à l'article qui a précédé l'art. 21:

[TRADUCTION] Cette loi impériale [24 & 25 Vict. chap. 94], qui a par la suite été adoptée en droit canadien (S.R.C. 1886, chap. 145) a pratiquement mis fin aux distinctions entre les complices avant le fait et les auteurs au deuxième degré.

Avec l'adoption de l'article 61, la disposition qui a précédé l'article 69, ces distinctions en droit positif sont entièrement disparues de notre droit criminel lorsqu'il a été codifié en 1892. Évidemment, avec elles sont également disparues, parce qu'elles n'étaient désormais plus nécessaires; les règles de procédure pertinentes relatives à la formulation de l'acte d'accusation à l'égard de ces personnes qui, bien qu'elles n'aient pas réellement commis l'infraction reprochée, devenaient alors, en vertu de la loi, des auteurs et également des parties à l'infraction, et étaient coupables de cette infraction et passibles d'une peine comme si elles l'avaient réellement commise. Il est impensable qu'en se débarrassant des problèmes que soulevaient ces distinctions antérieures, le Parle-

common and statutory law—as principal simpliciter, either as a principal in the second degree or an accessory before the fact, and this, under the regime of this new law holding each and all *particeps criminis* as being nothing less than principals.

Thus, s. 21 has been designed to alleviate the necessity for the Crown choosing between two different forms of participation in a criminal offence. The law stipulates that both forms of participation are not only equally culpable, but should be treated as one single mode of incurring criminal liability. The Crown is not under a duty to separate the different forms of participation in a criminal offence into different counts. Obviously, if the charge against Thatcher had been separated into different counts, he might well have been acquitted on each count notwithstanding that each and every juror was certain beyond a reasonable doubt either that Thatcher personally killed his ex-wife or that he aided and abetted someone else who killed his ex-wife. This is precisely what s. 21 is designed to prevent.

In sum, this Court has held that it is no longer necessary to specify in the charge the nature of an accused's participation in the offence: *Harder*. Moreover, if there is evidence before a jury that points to an accused either committing a crime personally or, alternatively, aiding and abetting another to commit the offence, provided the jury is satisfied beyond a reasonable doubt that the accused did one or the other, it is "a matter of indifference" which alternative actually occurred: *Chow Bew*. It follows, in my view, that s. 21 precludes a requirement of jury unanimity as to the particular nature of the accused's participation in the offence. Why should the juror be compelled to make a choice on a subject which is a matter of legal indifference?

This conclusion, however, is said by the appellant to run counter to a recent decision of the English Court of Appeal, *R. v. Brown* (1984), 79

ment, en même temps, en aurait créé de nouvelles en refusant au ministère public le droit d'accuser—droit qu'il possédait auparavant en vertu de la *common law* et des textes législatifs—à titre d'auteur sans plus, soit a comme auteur au deuxième degré soit à titre de complice avant le fait, et ce, en vertu de cette nouvelle règle de droit qui prévoit que toutes les parties au crime ne sont rien de moins que des auteurs du crime.

Ainsi, l'art. 21 a été conçu pour réduire la b nécessité pour le ministère public de choisir entre deux formes différentes de participation à une infraction criminelle. Le droit prévoit que ces deux formes de participation sont non seulement égale- c ment coupables, mais qu'elles devraient être traitées comme une seule façon d'engager la responsa- bilité criminelle. Le ministère public n'est pas obligé de séparer les différentes formes de partici- d pation à une infraction criminelle en chefs d'accu- sation différents. De toute évidence, si l'accusation portée contre Thatcher avait été séparée en chefs d'accusation différents, il aurait bien pu être acquitté à l'égard de chaque chef en dépit du fait que chaque juré était certain hors de tout doute e raisonnable que Thatcher avait soit tué personnellement son ex-épouse, soit aidé et encouragé quel- qu'un à la tuer. C'est précisément ce que l'art. 21 vise à prévenir.

f En somme, cette Cour a statué qu'il n'était plus nécessaire de préciser dans l'acte d'accusation la nature de la participation de l'accusé à l'infraction: *Harder*. De plus, si un jury est saisi d'éléments de g preuve qui indiquent qu'un accusé a commis un crime personnellement ou qu'il a aidé ou encouragé une autre personne à le commettre, pourvu que le jury soit convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a agit d'une manière ou h de l'autre, il n'est [TRADUCTION] «pas important» de savoir ce qui s'est réellement produit: *Chow Bew*. À mon avis, il en découle que l'art. 21 empêche d'exiger que le jury soit unanime quant à i la nature précise de la participation de l'accusé à l'infraction. Pourquoi le juré serait-il tenu de faire un choix à l'égard d'une question qui n'est pas importante en droit?

j Toutefois, l'appelant soutient que cette conclusion est contraire à l'arrêt récent de la Cour d'appel d'Angleterre, *R. v. Brown* (1984), 79 Cr. App.

Cr. App. R. 115, to which I now turn. In *R. v. Brown*, the appellant was charged with fraudulently inducing investments, contrary to s. 13(1)(a) of the *Prevention of Fraud (Investments) Act, 1958* (U.K.), 6 & 7 Eliz. 2, c. 45, which provides the following:

13.—(1) Any person who, by any statement, promise or forecast which he knows to be misleading, false or deceptive ... induces or attempts to induce another person—

(a) to enter into or offer to enter into —

(i) any agreement for, or with a view to, acquiring, disposing of, subscribing for or underwriting securities ... shall be guilty of an offence

....

More specifically, the Crown alleged that the appellant had fraudulently induced four persons to enter into agreements for acquiring shares in a company, knowing the agreements to be misleading. Each count with which he was charged contained particulars of a number of different statements relied on by the prosecution as constituting the inducement referred to in s. 13(1)(a) of the Act.

The jury asked the judge two questions. The first was whether the defendant would be guilty on a whole count if he was found guilty of only one part of that count. The second was whether the defendant was guilty on the whole count and the verdict unanimous if individual members found him guilty of different parts of the count. With respect to the first question, the trial judge is said by Eveleigh L.J. of the Court of Appeal, at p. 117, to have responded:

... if you are satisfied that, with the necessary state of mind, the defendant made the statements or representations which are alleged in the indictment in relation to each count, it is sufficient if you find that he made one or some or all of them but you do not have to find that he made them all.

With respect to the second, more relevant, question, he stated:

R. 115, que je vais maintenant examiner. Dans l'arrêt *R. v. Brown*, l'appellant avait été accusé d'avoir frauduleusement incité à faire des placements, contrairement à l'al. 13(1)a) de la *Prevention of Fraud (Investments) Act, 1958* (R.-U.), 6 & 7 Eliz. 2, chap. 45, qui prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] 13.—(1) Commet une infraction qui conque, par une déclaration, promesse ou prévision qu'il sait être trompeuse, fausse ou mensongère ... incite ou tente d'inciter une autre personne—

a) à conclure ou à offrir de conclure—

(i) une entente en vue d'acquérir, d'aliéner ou de souscrire des titres ...

Plus précisément, le ministère public alléguait que l'appellant avait frauduleusement incité quatre personnes à conclure des ententes en vue d'acquérir des actions d'une société tout en sachant que ces ententes étaient trompeuses. Chaque chef d'accusation dont il faisait l'objet contenait les détails d'un certain nombre de déclarations différentes qui, selon les prétentions de la poursuite, constituaient l'incitation mentionnée à l'al. 13(1)a) de la Loi.

Le jury a posé deux questions au juge. La première était de savoir si le défendeur serait coupable relativement à un chef d'accusation au complet s'il était déclaré coupable d'une partie de ce chef. La seconde était de savoir si le défendeur serait coupable relativement au chef d'accusation au complet et le verdict unanime si des jurés pris individuellement le déclareraient coupable de différentes parties du chef d'accusation. En ce qui a trait à la première question, le juge du procès aurait répondu, selon le lord juge Eveleigh de la Cour d'appel, à la p. 117:

[TRADUCTION] ... si vous êtes convaincus que, dans l'état d'esprit nécessaire, le défendeur a fait les déclarations ou les affirmations qui sont alléguées dans l'acte d'accusation relativement à chaque chef, il suffit que vous concluez qu'il en a fait une seule ou plusieurs, ou encore qu'ils les a toutes faites, mais vous n'avez pas à conclure qu'il les a toutes faites.

En ce qui a trait à la seconde question qui est plus pertinente, il a dit:

Members of the jury, the answer to that is this: what you have to be satisfied of in relation to each of the counts is that the defendant dishonestly made the statements and by making them induced the victim concerned to act in the way set out in the count.

... It does not matter that some of you are satisfied that one of the various statements is made out, and others of you are satisfied not about that statement being made out but that another is made out. It is sufficient if you are all agreed that there was a dishonest inducement. So if you find some of you are satisfied that representation A was made out, some of you are not satisfied about that but are satisfied that representation B was made out, then it does not matter, provided that you are all satisfied that there was the dishonest inducement made and that it operated upon the mind of the person to whom it was made and caused him to act in the way that he did.

The Court of Appeal held that the trial judge had erred by not informing the jury that it must be agreed that every single ingredient necessary to constitute the offence has been established. Eveleigh L.J., at p. 119, stated:

In a case such as that with which we are now dealing, the following principles apply: 1. Each ingredient of the offence must be proved to the satisfaction of each and every member of the jury.... 2. However, where a number of matters are specified in the charge as together constituting one ingredient in the offence, and any one of them is capable of doing so, then it is enough to establish the ingredient that any one of them is proved; but (because of the first principle above) any such matter must be proved to the satisfaction of the whole jury. The jury should be directed accordingly, and it should be made clear to them as well that they should all be satisfied that the statement upon which they are agreed was an inducement as alleged.

The appellant, relying on a recent article by Mark A. Gelowitz entitled "The *Thatcher Appeal*: A Question of Unanimity" (1986), 49 C.R. (3d) 129, argues that just as in *Brown*, where the English Court of Appeal held that "each ingredient of the offence must be proved to the satisfaction of each and every member of the jury," this Court ought to hold that the nature of Thatcher's participation must be proved to each and every

[TRADUCTION] Membres du jury, la réponse à cette question est la suivante: ce dont vous avez à être convaincus relativement à chacun des chefs d'accusation c'est que le défendeur a fait les déclarations malhonnêtement et en les faisant a incité la victime concernée à agir de la manière énoncée dans le chef d'accusation.

... Il n'est pas important que certains d'entre vous soient convaincus qu'une des diverses déclarations a été faite et que d'autres soient convaincus non pas que cette déclaration a été faite mais qu'une autre l'a été. Il suffit que vous soyez tous d'accord pour dire qu'il y a eu incitation malhonnête. Ainsi, si vous constatez que certains d'entre vous sont persuadés que l'affirmation A a été faite, que certains d'entre vous n'en sont pas convaincus mais sont convaincus que l'affirmation B a été faite, alors cela n'est pas important, pourvu que vous soyez tous convaincus qu'il y a eu incitation malhonnête, qu'elle a eu un effet sur l'esprit de la personne à laquelle elle a été faite et qu'elle l'a poussée à agir comme elle l'a fait.

La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en ne disant pas aux jurés qu'ils devaient convenir que chaque élément individuel nécessaire pour constituer l'infraction avait été établi. Le lord juge Eveleigh affirme, à la p. 119:

[TRADUCTION] Dans une affaire comme l'espèce, les principes suivants s'appliquent: 1. Chaque élément de l'infraction doit être prouvé à la satisfaction de chacun des membres du jury [...] 2. Toutefois, lorsqu'un certain nombre de choses sont précisées dans l'accusation comme constituant ensemble un élément de l'infraction, et que n'importe laquelle d'entre elles est susceptible de constituer un tel élément, alors il suffit, pour établir l'existence de l'élément, que l'une ou l'autre d'entre elles soit prouvée, mais (en raison du premier principe ci-dessus) ces choses doivent être prouvées à la satisfaction de tout le jury. Les jurés devraient recevoir des directives en conséquence et on devrait également leur dire clairement qu'ils devraient tous être convaincus que la déclaration sur laquelle ils sont d'accord constituait une incitation ainsi qu'on l'a allégué.

L'appellant, se fondant sur un article récent de Mark A. Gelowitz, intitulé «*The Thatcher Appeal*: A Question of Unanimity» (1986), 49 C.R. (3d) 129, soutient que, tout comme dans l'arrêt *Brown* où la Cour d'appel d'Angleterre a statué que [TRADUCTION] «chaque élément de l'infraction doit être prouvé à la satisfaction de tous et chacun des membres du jury», cette Cour devrait conclure que la nature de la participation de Thatcher doit être

juror before he can be convicted of “unlawfully causing” JoAnn Wilson’s death.

The appellant accepts, as any reasonable person must, that the jurors need not be unanimous with respect to their acceptance or rejection of each individual piece of evidence. In a long, complicated trial it is absurd to suppose that twelve people could form the same opinion of each item of evidence, and it is absurd to suppose that the Crown could ever prove or explain beyond a reasonable doubt every detail of a murder. A defendant at a murder trial should obviously not be acquitted if some jurors think a .38 calibre bullet was used and others think that a .357 calibre bullet was used. The appellant submits, however, that the jurors ought to be unanimous as to the “material facts” making out the offence. He does not provide a definition of “material facts”, except to rely on Mr. Gelowitz for the proposition that jurors must be “in substantial agreement as to just what an accused has done”. This argument, however, overlooks the whole point of s. 21, as I have said, which makes the distinction between principals and aiders and abettors legally irrelevant.

Moreover, if *Brown* is correct, and this need not be decided in the present appeal, I am far from convinced that it lays down a proposition as sweeping as the appellant suggests. Eveleigh L.J. acknowledged that jurors could arrive at their conclusions by different routes. Jurors “may be able to say that, whichever way one looks at it, the case is proved”. To be sure, Eveleigh L.J. also articulated the propositions referred to previously. But, in my opinion, s. 21 does not create “ingredients” in the offence of murder, in the same way that each particular “misrepresentation” was an ingredient in the offence of *Brown*. As I read Eveleigh L.J.’s remarks, his second proposition is restricted to cases in which “a number of matters are specific in the charge”. This would be analo-

prouvée à tous et chacun des jurés pour qu’il puisse être déclaré coupable d’avoir «causé» la mort de JoAnn Wilson.

^a L’appelant reconnaît, comme doit le faire toute personne raisonnable, qu’il n’est pas nécessaire que les jurés soient unanimes pour ce qui est d’accepter ou de rejeter chaque élément de preuve individuel. Dans un procès long et complexe, il est absurde de supposer que douze personnes puissent être du même avis à l’égard de chaque élément de preuve et il est absurde de supposer que le ministère public puisse prouver ou expliquer hors de tout doute raisonnable chaque détail d’un meurtre. Un défendeur à un procès pour meurtre ne devrait pas de toute évidence être acquitté si certains jurés croient qu’une balle de calibre .38 a été utilisée, alors que d’autres croient que c’est plutôt une balle de calibre .357 qui a été utilisée. Toutefois, l’appelant soutient, que les jurés devraient être unanimes en ce qui a trait aux «faits pertinents» qui constituent l’infraction. Il ne donne pas de définition de l’expression «faits pertinents» sauf qu’il se fonde sur M. Gelowitz pour dire que les jurés doivent être [TRADUCTION] «d’accord pour l’essentiel à l’égard de ce que l’accusé a fait exactement». Toutefois, comme je l’ai dit, cet argument fait abstraction de toute la question de l’art. 21 qui rend sans importance du point de vue juridique la distinction entre les auteurs d’une infraction et les personnes qui ont aidé et encouragé à la commettre.

^g De plus, si l’arrêt *Brown* est exact, et je n’ai pas à trancher cette question en l’espèce, je suis loin d’être convaincu qu’il énonce une proposition aussi péremptoire que le suggère l’appelant. Le lord juge Eveleigh a reconnu que les jurés pouvaient arriver à leur conclusion en empruntant des voies différentes. Les jurés [TRADUCTION] «peuvent être en mesure de dire que, de quelque point de vue que l’on se place, la preuve est faite». Pour sûr, le lord juge Eveleigh a également énoncé les propositions mentionnées précédemment. À mon avis toutefois, l’art. 21 ne crée pas des «éléments» de l’infraction de meurtre, de la même manière que chaque «présentation inexacte des faits» en particulier constituait un élément de l’infraction en cause dans l’affaire *Brown*. Selon mon interprétation des

gous to the case when there were several counts in an indictment. If Thatcher had been charged on two counts, of course unanimity would be required in respect of any count for which he is convicted. Such a conclusion flows from the proposition that a verdict stands for guilt, beyond a reasonable doubt, of that for which the accused has been charged. In the present case, Thatcher was charged that he did "unlawfully cause the death of JoAnn Kay Wilson and did thereby commit first degree murder". The charge was carefully worded, and there is no injustice in his conviction on the indictment irrespective of whether the jurors shared the same view as to the most likely manner in which Thatcher committed the murder.

When one considers the implications of the appellant's submission, it becomes even clearer that it is without merit. In the present case there were doubtless three alternatives in the minds of each of the jurors:

- (a) Thatcher personally killed his ex-wife;
- (b) he aided and abetted someone else to do so;
- (c) he is innocent of the crime.

The jurors were told that if any of them had a reasonable doubt regarding (c), Thatcher should be acquitted. Every single juror was, evidently, solidly convinced that (c) was simply not what occurred. Each one was certain that the true state of affairs was (a) or (b). Even if we suppose, as the appellant would have us do, that the jurors individually went beyond thinking in terms of (a) or (b) and specifically opted for one theory, and that some jurors thought only (a) could have occurred and others thought only (b) could have occurred, I am far from convinced that there would have been any injustice from convicting Thatcher. As stated, there is no legal difference between the two. Much is made of the fact that (a) and (b) are factually inconsistent theories, in the

observations du lord juge Eveleigh, sa deuxième proposition se limite aux affaires où «un certain nombre de choses sont précisées dans l'accusation». Cette situation serait semblable au cas où l'acte d'accusation comporterait plusieurs chefs d'accusation. Si Thatcher avait fait l'objet de deux chefs d'accusation, l'unanimité serait évidemment requise à l'égard de chaque chef pour lequel il est déclaré coupable. Une telle conclusion découle de la proposition selon laquelle le verdict signifie la culpabilité, hors de tout doute raisonnable, à l'égard de ce dont l'accusé a été inculpé. En l'espèce, Thatcher a été inculpé d'avoir [TRADUCTION] «causé la mort de JoAnn Kay Wilson et d'avoir ainsi commis un meurtre au premier degré». L'accusation a été soigneusement formulée et il n'y a aucune injustice dans sa déclaration de culpabilité relativement à l'acte d'accusation, indépendamment de la question de savoir si les jurés partageaient la même opinion sur la façon la plus probable dont Thatcher a commis le meurtre.

Lorsqu'on examine les conséquences de l'argument de l'appellant, il devient encore plus évident qu'il est sans fondement. En l'espèce, les jurés pouvaient sans aucun doute choisir entre ces trois solutions:

- a) Thatcher a personnellement tué son ex-épouse;
- b) il a aidé et encouragé quelqu'un d'autre à le faire;
- c) il n'a pas commis le crime.

On a dit aux jurés que si l'un d'eux avait un doute raisonnable concernant la proposition c), Thatcher devrait être acquitté. De toute évidence chaque juré était fermement convaincu que la proposition c) ne représentait tout simplement pas ce qui s'était produit. Chacun d'entre eux était certain que les solutions a) ou b) représentaient ce qui s'était réellement produit. Même si nous supposons, comme l'appellant voudrait qu'on le fasse, que les jurés pris individuellement sont allés plus loin que la proposition a) ou b) et qu'ils ont précisément choisi une thèse et que certains jurés ont pensé que seule la situation a) pouvait s'être produite, alors que d'autres ont pensé que seule la situation b) pouvait s'être produite, je suis loin d'être convaincu que déclarer Thatcher coupable

sense that evidence proving (a) tends to disprove (b). But this is really only true of one category of evidence, namely identification and alibi evidence. The overwhelming mass of evidence against Thatcher was consistent with either theory. In particular, the evidence tracing the murder weapon to Thatcher was highly probative, as were his statements to various witnesses (prior to the murder) of his intention to kill JoAnn Wilson, and his statement to Lynn Mendell (after the murder) that he had “blown away” his wife.

The appellant’s suggestion would fail to achieve justice in a significant number of cases. Suppose the evidence in a case is absolutely crystal clear that when X and Y entered Z’s house, Z was alive, and when X and Y left, Z was dead. Suppose that in their evidence each of X and Y says that the other of them murdered Z but each admits to having aided and abetted. Are X and Y each to be acquitted if some of the jurors differ as to which of X and Y actually committed the offence? I can see absolutely no reason in policy or law to uphold such an egregious conclusion. The appellant’s submission ignores the very reason why Parliament abolished the old common law distinctions: namely, they permitted guilty persons to go free. As Professor Peter MacKinnon points out in, “Jury Unanimity: A Reply to Gelowitz and Stuart” (1986), 51 C.R. (3d) 134, at p. 135, if an accused is to be acquitted in situations when every juror is convinced that the accused committed a murder in one of two ways, merely because the jury cannot agree on which of the two ways, “it is difficult to imagine a situation more likely to bring the administration of justice into disrepute — and deservedly so.”

aurait pu entraîner une injustice. Comme je l’ai dit, en droit il n’y a aucune différence entre les deux. On a insisté sur le fait que les thèses a) et b) sont incompatibles sur le plan des faits en ce sens que les éléments de preuve démontrant la thèse a) ont tendance à réfuter la thèse b). Toutefois, cela n’est réellement vrai que dans le cas d’une seule catégorie d’éléments de preuve, savoir la preuve d’identification et d’alibi. Le très grand nombre d’éléments de preuve qui pesaient contre Thatcher était compatible avec l’une ou l’autre thèse. En particulier, les éléments de preuve retraçant l’arme du meurtre jusqu’à Thatcher étaient très probants, tout comme ses déclarations faites à divers témoins (avant le meurtre) concernant son intention de tuer JoAnn Wilson et la déclaration qu’il a faite à Lynn Mendell (après le meurtre), portant qu’il avait «fait disparaître» son épouse.

La proposition de l’appelant ne permettrait pas de rendre justice dans un grand nombre d’affaires. Supposons que la preuve dans une affaire démontre tout à fait clairement que lorsque X et Y sont entrés dans la maison de Z ce dernier était vivant, et que lorsque X et Y sont partis, Z était mort. Supposons que dans leurs témoignages respectifs X et Y s’accusent mutuellement d’avoir tué Z, mais que chacun admette avoir aidé et encouragé l’autre. X et Y doivent-ils être acquittés si certains jurés ont des opinions différentes quant à savoir lequel de X ou de Y a réellement commis l’infraction? Je ne vois absolument aucune raison de principe ou de droit justifiant de maintenir une conclusion aussi insigne. L’argument de l’appelant ne tient pas compte de la raison même pour laquelle le Parlement a aboli les anciennes distinctions de *common law*: savoir qu’elles permettaient à des coupables d’être libérés. Comme le souligne le professeur Peter MacKinnon dans «Jury Unanimity: A Reply to Gelowitz and Stuart» (1986), 51 C.R. (3d) 134, à la p. 135, si un accusé doit être acquitté dans le cas où chaque juré est convaincu que l’accusé a commis un meurtre d’une manière ou d’une autre, simplement parce que le jury ne peut s’entendre sur laquelle des deux manières le crime a été commis, [TRADUCTION] «il est difficile d’imaginer une situation plus susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, et ce, à juste titre.»

(iv) *The Nadeau Issue*

The appellant also argues that the trial judge erred in putting the jurors to a choice between accepting the evidence of some witnesses or accepting the evidence of Thatcher, thereby reducing the burden of proof. This submission is based on this Court's decision in *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570, where Lamer J., at pp. 572-73, states:

The accused benefits from any reasonable doubt at the outset, not merely if 'the two (2) versions are equally consistent with the evidence, are equally valid'. Moreover the jury does not have to choose between two versions. It is not because they would not believe the accused that they would then have to agree with Landry's version. The jurors cannot accept his version, or any part of it, unless they are satisfied beyond all reasonable doubt, having regard to all the evidence, that the events took place in this manner; otherwise the accused is entitled, unless a fact has been established beyond a reasonable doubt, to the finding of fact the most favourable to him, provided of course that it is based on evidence in the record and not mere speculation.

The trial judge, during his charge to the jury, made specific references to the conflict between the evidence given by Thatcher, and that of Anderson, Mendell and Collver. He stated the following:

The final witness for the defence was the accused, Colin Thatcher. Both his examination-in-chief and cross-examination were very lengthy. I have been talking almost too long as it is and I do not propose to review his evidence in detail. Much of it related to the tape recording to which he admitted he was a party and you will determine whether you accept his version of the meaning to be attributed to the conversation he had with Gary Anderson.

Thatcher denies that he had anything to do with either of the two shootings of his wife and you will weigh his testimony against the other evidence before you and particularly I suggest against the evidence of Lynn Mendell and Anderson and Wilde.

The evidence of Thatcher is also in direct contradiction to that of Dick Collver with respect to the hiring of

(iv) *La question de l'arrêt Nadeau*

L'appelant soutient également que le juge du procès a commis une erreur en donnant aux jurés le choix d'accepter les témoignages de certains témoins ou encore d'accepter le témoignage de Thatcher, ce qui avait pour effet de réduire le fardeau de la preuve. Cet argument est fondé sur l'arrêt de cette Cour *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570, où le juge Lamer affirme aux pp. 572 et 573:

L'accusé bénéficie du doute raisonnable au départ, et non pas seulement si «les deux (2) versions sont également concordantes, sont également valables». Les jurés ne sont pas limités à choisir entre deux versions. Ce n'est pas parce qu'ils ne croiraient pas l'accusé qu'ils seraient pour autant limités à agréer la version de Landry. Les jurés ne peuvent retenir sa version, ou portion de celle-ci, que s'ils sont, en regard de toute la preuve, satisfaits hors de tout doute raisonnable que les événements se sont passés comme tels; à défaut de quoi, et à moins qu'un fait ne soit prouvé hors de tout doute raisonnable, l'accusé a droit à la détermination de fait qui lui est la plus favorable, en autant, bien sûr, qu'elle repose sur une preuve au dossier et n'est pas pure spéculation.

Le juge du procès, dans son exposé au jury, a mentionné de manière précise l'incompatibilité qui existait entre le témoignage de Thatcher et ceux d'Anderson, de Mendell et de Collver. Voici ce qu'il a dit:

[TRADUCTION] Le dernier témoin de la défense était l'accusé, Colin Thatcher. Son interrogatoire principal et son contre-interrogatoire ont été très longs. Je parle depuis presque trop longtemps et je n'ai pas l'intention d'examiner en détail son témoignage. La plus grande partie de celui-ci se rapporte à l'enregistrement sur bande magnétique auquel il admet être partie et il vous reviendra de déterminer si vous acceptez sa version du sens qui doit être attribué à la conversation qu'il a eue avec Gary Anderson.

Thatcher nie avoir eu quelque chose à voir avec l'un ou l'autre des coups de feu tirés contre son épouse et vous devrez évaluer son témoignage par rapport aux autres éléments de preuve qui vous ont été présentés et, en particulier j'imagine, par rapport aux témoignages de Lynn Mendel, d'Anderson et de Wilde.

De plus, le témoignage de Thatcher est directement en contradiction avec celui de Dick Collver en ce qui a

the hit man and it will be up to you to decide whose evidence you accept.

The Crown, quite properly, concedes that the passage, if it stood alone, would be bad in law as violating the principle in *Nadeau*. It submits, however, that such remarks have to be looked at in their context within the whole of the charge to the jury. More specifically, the Crown argues that the charge as a whole made it clear that the jury was not obliged to take a binary view of the evidence (accept or reject it) but had to give effect to reasonable doubt.

By my count, the trial judge correctly stated the reasonable doubt principle on at least eleven occasions during his charge to the jury. One such occasion was directly preceding the offending passages relied upon by the appellant. He said:

I must tell you that as a matter of law that it is not incumbent upon the accused to adduce evidence to satisfy you that an alibi has been proven. If evidence as to alibi raises a reasonable doubt as to the presence of Thatcher at the scene when the murder was committed, you must give him the benefit of that doubt and conclude he was not there.

Moreover, early on in his charge he stated:

It is up to you to weigh the evidence of each witness, one against the other, and determine what you find to be true and reject what you do not believe. [Emphasis added.]

When the offending passages are read with the above and subsequent admonitions, it is clear—and, I believe, must have been clear to the jury—that the trial judge means “accept beyond a reasonable doubt” when he refers to “accepting” Crown evidence, and means “accept as raising a reasonable doubt” when he refers to “accepting” defence evidence. I believe there was no error made when the charge is read as a whole. It is therefore unnecessary to deal with the Crown’s submissions with respect to s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*.

trait à l’engagement du tueur et vous devrez décider quel témoignage vous acceptez.

Le ministère public, à juste titre, reconnaît que ce passage, pris de façon isolée, serait erroné en droit car il violerait le principe de l’arrêt *Nadeau*. Toutefois, il soutient que ces observations doivent être examinées dans leur contexte en fonction de l’ensemble de l’exposé au jury. Plus précisément, le ministère public soutient que l’exposé dans son ensemble précisait clairement que le jury n’était pas tenu d’adopter une opinion manichéenne en ce qui a trait aux éléments de preuve (les accepter ou les rejeter), mais devait appliquer le principe du doute raisonnable.

J’estime que le juge du procès a énoncé correctement le principe du doute raisonnable à au moins onze reprises au cours de son exposé au jury. L’une de ces occasions précédait directement les passages fautifs sur lesquels l’appelant s’est fondé. Voici ce qu’il affirme:

[TRADUCTION] Je dois vous dire que, sur le plan du droit, il n’incombe pas à l’accusé de présenter des éléments de preuve pour vous convaincre qu’un alibi a été prouvé. Si la preuve relative à l’alibi soulève un doute raisonnable quant à la présence de Thatcher sur les lieux du meurtre au moment où il a été commis, vous devez lui accorder le bénéfice du doute et conclure qu’il ne se trouvait pas sur les lieux.

De plus, il avait déjà déclaré ceci dans son exposé au jury:

[TRADUCTION] Il vous revient d’évaluer le témoignage de chaque témoin, l’un en fonction de l’autre, de déterminer ce que vous croyez être vrai et de rejeter ce à quoi vous n’ajoutez pas foi. [C’est moi qui souligne.]

Lorsque les passages fautifs sont rapprochés de cet avertissement et des avertissements subséquents, il est évident, et, à mon avis il doit avoir été évident pour le jury, que le juge du procès veut dire «accepter hors de tout doute raisonnable» lorsqu’il parle d’«accepter» les éléments de preuve du ministère public et veut dire «accepter comme soulevant un doute raisonnable» lorsqu’il parle d’«accepter» les éléments de preuve de la défense. Je crois qu’aucune erreur n’a été commise si on lit l’exposé dans son ensemble. Par conséquent, il n’est pas nécessaire de traiter des arguments du ministère public en ce qui a trait au sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*.

(v) *Unfair Jury Charge*

The gist of the complaint is that the trial judge revealed to the jurors his own perception of the accused's guilt, through undue emphasis on the Crown's evidence and inadequate summary of the defence. The defence evidence was simple, however, and the Crown's case was complex, relying on circumstantial evidence from a large number of witnesses. It is simply inappropriate to try to measure the fairness of the charge by reference to quantity.

Although there were a few unfortunate expressions used by the trial judge, a juror would have to read in a lot to surmise that the trial judge thought Thatcher guilty or his witnesses generally not credible, with the possible exception of Mr. Merchant. It should be noted in this respect that at the outset of his charge the trial judge was clear as to the respective duties of the judge and jury. He stated:

Your duty as jurors is to determine the guilt or innocence of this accused from the evidence that's been placed before you. This is not a light duty because if a crime has been committed, in this case, the murder of a female individual, it is your obligation to so find. Likewise you have a duty to this accused to see that he is not improperly convicted.

Your functions and mine are separate and distinct. You are the sole arbiters of the facts. In that area you are supreme. It is your duty and your responsibility and yours alone to decide those facts in accordance with the oaths you took at the outset of the trial. If I express an opinion with respect to the evidence, and I probably will, you are free to disregard my opinion for that is your field and you make the findings of fact in accordance with your individual conscience.

Moreover, the jury was instructed that it could obtain clarification or a review of any or all of the evidence presented at trial. On the second day of their deliberations, after requesting information the previous evening, the jury reviewed portions of the evidence given by numerous witnesses, including Thatcher himself. In my view, the trial judge

(v) *L'exposé injuste au jury*

La plainte porte essentiellement que le juge du procès a révélé au jury sa propre perception de la culpabilité de l'accusé, en accordant une importance indue aux éléments de preuve du ministère public et en résumant de façon inadéquate la défense. Toutefois, la preuve de la défense était simple et celle du ministère public était complexe et se fondait sur des éléments de preuve circonstancielle fournis par un grand nombre de témoins. Il ne convient tout simplement pas de tenter de mesurer le caractère équitable de l'exposé en fonction du nombre d'éléments de preuve traités.

Bien que le juge du procès ait utilisé quelques expressions malheureuses, un juré aurait été obligé de faire de nombreuses déductions pour présumer que ledit juge du procès pensait que Thatcher était coupable ou que les témoins de ce dernier n'étaient pas crédibles d'une manière générale, sauf peut-être M. Merchant. Il convient de souligner à cet égard qu'au début de son exposé le juge du procès a établi clairement quelles étaient les obligations respectives du juge et du jury. Il a dit:

[TRADUCTION] À titre de jurés, vous êtes tenus de déterminer la culpabilité ou l'innocence de cet accusé en fonction de la preuve qui vous a été présentée. Ce n'est pas là une mince tâche parce que si un crime a été commis, en l'espèce le meurtre d'une personne de sexe féminin, vous êtes tenus de tirer cette conclusion. De même, vous avez l'obligation envers cet accusé de veiller à ce qu'il ne soit pas déclaré coupable irrégulièrement.

Vos fonctions et les miennes sont séparées et distinctes. Vous êtes les seuls juges des faits. Dans ce domaine vous êtes souverains. C'est votre devoir et votre responsabilité et il revient à vous seuls de décider de ces faits conformément au serment que vous avez prêté au début du procès. Si j'exprime une opinion en ce qui a trait aux éléments de preuve et je le ferai probablement, vous êtes libres de ne pas en tenir compte car c'est votre domaine et vous tirez les conclusions de fait conformément à votre conscience personnelle.

En outre, le jury a reçu des directives selon lesquelles il pouvait obtenir des éclaircissements ou une revue d'une partie ou de la totalité des éléments de preuve présentés au procès. Le deuxième jour de ses délibérations, après avoir demandé des renseignements le soir précédent, le jury a passé en revue des parties des dépositions faites par divers

gave a fair picture of the defence. As Lord Goddard C.J., in *R. v. Clayton-Wright* (1948), 33 Cr. App. R. 22, at p. 29, states, a trial judge is not required "to paint in the details or to comment on every argument which has been used or to remind them of the whole of the evidence". The jury deliberated for approximately four days. They returned a verdict of guilty. In my opinion, the charge of the trial judge cannot be read as unfair. I may add that I think there is some merit to the Crown's argument that Thatcher would not have benefited from a more thorough review of the defence evidence.

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I agree with the Chief Justice's reasons and disposition of this appeal. I should, however, qualify my concurrence in those of his reasons addressing the ground he refers to as "*Jury Unanimity as to the Material Facts*".

I agree with the Chief Justice that the jury unanimity point fails. I would suggest, however, that it fails because of the nature of the evidence in this case. It is true that the Crown presented two factually inconsistent theories: that the appellant actually killed the deceased or that he aided and abetted the killer. The overwhelming mass of the evidence against the appellant, however, was consistent with both theories and pointed only to his participation in the murder. The jury could not have been convinced beyond a reasonable doubt of one theory to the exclusion of the other, but must have been convinced beyond a reasonable doubt that the appellant participated in the murder, either as principal or aider and abettor. Since, as the Chief Justice points out, s. 21(1) of the *Criminal Code* makes the distinction between participation as a principal and participation as aider and abettor legally irrelevant, it was not necessary for the jury to decide on the form of his participation and the jury was correct in convicting. As Peter MacKinnon wrote in "*Jury Unanimity: A Reply to*

témoins, dont Thatcher lui-même. À mon avis, le juge du procès a brossé un tableau honnête de la défense. Comme l'a dit le juge en chef lord Goddard dans l'arrêt *R. v. Clayton-Wright* (1948), 33 Cr. App. R. 22, à la p. 29, le juge du procès n'est pas tenu [TRADUCTION] «d'exposer en détail ou de commenter chaque argument qui a été utilisé ou de lui rappeler l'ensemble de la preuve». Le jury a délibéré pendant environ quatre jours. Il a rendu un verdict de culpabilité. À mon avis, l'exposé du juge du procès ne peut être considéré comme injuste. Je puis ajouter qu'il y a un certain fondement à l'argument du ministère public selon lequel Thatcher n'aurait pas profité d'un examen plus approfondi des éléments de preuve de la défense.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Je fais miens les motifs du Juge en chef ainsi que la manière dont il a réglé le présent pourvoi. Toutefois, je tiens à nuancer mon adhésion à ses motifs concernant le moyen qu'il appelle «*L'unanimité du jury en ce qui a trait aux faits pertinents*».

Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que l'argument relatif à l'unanimité du jury échoue. Toutefois, je dirais qu'il échoue en raison de la nature de la preuve soumise en l'espèce. Il est vrai que le ministère public a présenté deux thèses incompatibles sur le plan des faits, savoir que l'appellant a réellement tué la victime ou qu'il a aidé ou encouragé le tueur. Toutefois, le très grand nombre d'éléments de preuve qui pèsent contre l'appellant était compatible avec les deux thèses et ne faisait qu'indiquer sa participation au meurtre. Le jury n'a pas pu être convaincu hors de tout doute raisonnable de retenir une thèse et de rejeter l'autre, mais il doit avoir été convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appellant a participé au meurtre, que ce soit à titre d'auteur de l'infraction ou de personne qui a aidé ou encouragé quelqu'un à la commettre. Étant donné, comme le souligne le Juge en chef, que le par. 21(1) du *Code criminel* fait en sorte que la distinction entre la participation à titre d'auteur et celle à titre de personne qui aide et encourage est sans importance

Gelowitz and Stuart" (1986), 51 C.R. (3d) 134, at p. 137:

If, as their deliberations progress, the jurors, though not in agreement in their assessment of the *probable* type of involvement, are satisfied beyond a reasonable doubt that the only *possible* types of involvement establish guilt, they should convict.

However, I am not prepared to go so far as the Chief Justice's unqualified assertion that "s. 21 precludes a requirement of jury unanimity as to the particular nature of the accused's participation in the offence." Depending on the nature of the evidence presented by the Crown, the jury unanimity issue may arise in any case where the Crown alleges factually inconsistent theories, even if those theories relate to the particular nature of the accused's participation in the offence. If the Crown presents evidence which tends to inculpate the accused under one theory and exculpate him under the other, then the trial judge must instruct the jury that if they wish to rely on such evidence, then they must be unanimous as to the theory they adopt. Otherwise, the evidence will be taken into account by some jurors to convict the accused under one theory while the fact that the evidence exculpates the accused under the other theory is being disregarded by the other jurors who are taking the latter route. In effect, the jury would be adding against the accused the inculpatory elements of evidence which cannot stand together because they are inconsistent.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I am in general agreement with the reasons of the Chief Justice. I have some concerns, not addressed by him, however, that I would wish to underline.

The essential point in this case is that although alternative theories of culpability were advanced by the Crown, there were ample grounds for the

du point de vue juridique, il n'était pas nécessaire que le jury se prononce sur la forme de sa participation et le jury a eu raison de déclarer l'accusé coupable. Comme Peter MacKinnon l'a écrit dans «Jury Unanimity: A Reply to Gelowitz and Stuart» (1986), 51 C.R. (3d) 134, à la p. 137:

[TRADUCTION] Si, au cours de leurs délibérations, les jurés, bien qu'ils ne soient pas d'accord dans leur appréciation du genre *probable* de participation, sont convaincus hors de tout doute raisonnable que les seuls genres *possibles* de participation établissent la culpabilité, ils devraient rendre un verdict de culpabilité.

Toutefois, je ne suis pas prêt à aller aussi loin que l'affirmation sans réserve du Juge en chef selon laquelle «l'art. 21 empêche d'exiger que le jury soit unanime quant à la nature particulière de la participation de l'accusé à l'infraction.» Selon la nature des éléments de preuve présentés par le ministère public, la question de l'unanimité du jury peut surgir dans tous les cas où le ministère public soutient des thèses incompatibles sur le plan des faits, même si ces thèses se rapportent à la nature particulière de la participation de l'accusé à l'infraction. Si le ministère public présente des éléments de preuve qui tendent à inculper l'accusé en vertu d'une thèse et à le disculper en vertu de l'autre, alors le juge du procès doit dire aux jurés que s'ils veulent se fonder sur ces éléments de preuve, ils doivent alors être unanimes quant à la thèse qu'ils adoptent. Sans cela, certains jurés prendront en considération les éléments de preuve pour déclarer l'accusé coupable en vertu d'une thèse alors que le fait que les éléments de preuve disculpent l'accusé en vertu de l'autre thèse sera négligé par les autres jurés qui adopteront cette dernière solution. En effet, le jury ferait peser contre l'accusé les éléments de preuve incriminants qui ne peuvent coexister parce qu'ils sont incompatibles.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Je souscris d'une manière générale aux motifs du Juge en chef. Toutefois, je suis préoccupé par certaines questions qu'il n'a pas abordées et que je tiens à souligner.

L'essentiel en l'espèce est que, même si deux thèses possibles de culpabilité ont été soumises par le ministère public, il y avait de solides motifs pour

jury to find Thatcher guilty beyond a reasonable doubt while remaining unsure whether he had committed the murder himself or through another person. There may, however, be cases where the interrelationship between competing Crown theories and the evidence adduced in relation thereto will not justify a verdict of guilt. In each case, therefore, it will be for the trial judge, having regard to the nature of the offence, the theories of the parties, and the totality of the evidence, to realistically assess the possibility that the evidence will be used improperly, and to direct the jury accordingly. Suffice it to say, however, the present is not such a case.

I would also add that, in my view, s. 21 of the *Criminal Code* is not unique in this regard. Rather, it is merely one example of a situation where the Crown is relying on alternative theories of culpability to found an accused's guilt. The fact that s. 21 makes the particular nature of the accused's involvement in an offence legally irrelevant does not, in my view, in and of itself justify conviction on the basis of mutually exclusive or alternative theories of culpability. Were it otherwise, concerns would be raised dangerously akin to those flowing from multiplicitous counts. Concerns about multiplicity of counts and jury unanimity are functional, real concerns embodying society's pre-eminent desire to avoid injustice to accused persons and, as such, cannot be explained away by the mere invocation of a legal fiction. I cannot believe that such a result would have been in the contemplation of Parliament in enacting s. 21. Nor do I read the Chief Justice's judgment as countenancing this result.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Gerald N. Allbright, Saskatoon.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

le jury de conclure que Thatcher était coupable hors de tout doute raisonnable tout en ne sachant pas avec certitude s'il avait commis le meurtre lui-même ou s'il l'avait fait commettre par une autre personne. Cependant, il peut y avoir des cas où la corrélation entre les thèses concurrentes du ministère public et les éléments de preuve soumis ne justifieront pas un verdict de culpabilité. C'est pourquoi, dans chaque cas, il appartient au juge du procès, compte tenu de la nature de l'infraction, des thèses des parties et de l'ensemble de la preuve, d'évaluer de manière réaliste les possibilités que la preuve soit mal utilisée et d'instruire le jury en conséquence. Toutefois, il suffit de dire que ce n'est pas le cas en l'espèce.

J'ajouterais également qu'à mon sens l'art. 21 du *Code criminel* n'est pas unique à cet égard. Il constitue plutôt simplement un exemple de situation où le ministère public invoque deux thèses possibles pour fonder la culpabilité d'un accusé. À mon avis, le fait que, selon l'art. 21, la nature particulière de la participation de l'accusé à une infraction soit sans importance sur le plan juridique, ne justifie pas en soi une déclaration de culpabilité fondée sur deux thèses de culpabilité possibles ou mutuellement exclusives. S'il en était autrement, il en résulterait des préoccupations apparentées dangereusement à celles qui découlent de la multiplicité des chefs d'accusation. Les préoccupations portant sur la multiplicité des chefs d'accusation et l'unanimité du jury sont des préoccupations pratiques et réelles qui comprennent la volonté prééminente de la société d'éviter que les personnes accusées soient victimes d'une injustice et, à ce titre, elles ne peuvent être dissipées de manière satisfaisante en invoquant simplement une fiction juridique. Je ne puis croire que le législateur a pu envisager un tel résultat en adoptant l'art. 21. Je ne considère pas non plus que, dans ses motifs, le Juge en chef approuve ce résultat.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Gerald N. Allbright, Saskatoon.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Restaurant Le Clémenceau Inc. *Appellant*

v.

Judge Marc-André Drouin *Respondent*

and

Alban D'Amours, in his capacity as Deputy Minister of Revenue of Quebec, and Raymond Hébert *Mis en cause*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec and Attorney General for Ontario *Intervenors*

INDEXED AS: RESTAURANT LE CLÉMENCEAU INC. v. DROUIN

File No.: 18980.

1987: May 14.

Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Administrative law — Writ of evocation — Information laid by official of Ministère du revenu — Search and seizure authorized by Deputy Minister of Revenue and approved by judge — Whether judge had information necessary to determine if facts on which informant's belief based were reasonable — Act respecting the Ministère du revenu, R.S.Q. 1977, c. M-31, s. 40 — Code of Civil Procedure, art. 846.

Taxation — Information laid by official of Ministère du revenu — Search and seizure authorized by Deputy Minister of Revenue and approved by judge — Whether judge had information necessary to determine if facts on which informant's belief based were reasonable — Writ of evocation — Act respecting the Ministère du revenu, R.S.Q. 1977, c. M-31, s. 40.

Pursuant to an information laid by an official of the Ministère du revenu of Quebec asserting that appellant had contravened the *Act respecting the Ministère du revenu*, the officers of that department searched appellant's premises. They had previously obtained authorization from the Deputy Minister of Revenue and, as required by s. 40 of the Act, authorization from a judge

Restaurant Le Clémenceau Inc. *Appelante*

c.

M. le juge Marc-André Drouin *Intimé*

et

M. Alban D'Amours, en sa qualité de sous-ministre du revenu du Québec, et M. Raymond Hébert *Mis en cause*

et

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

RÉPERTORIÉ: RESTAURANT LE CLÉMENCEAU INC. c. DROUIN

d N° du greffe: 18980.

1987: 14 mai.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest.

e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit administratif — Bref d'évocation — Dénonciation faite par un fonctionnaire du ministère du revenu — Perquisition et saisie autorisées par le sous-ministre du revenu et approuvées par un juge — Le juge avait-il les renseignements pertinents pour vérifier si les faits sur lesquels se fondait la croyance du dénonciateur sont raisonnables? — Loi sur le ministère du revenu, L.R.Q. 1977, chap. M-31, art. 40 — Code de procédure civile, art. 846.

Droit fiscal — Dénonciation faite par un fonctionnaire du ministère du revenu — Perquisition et saisie autorisées par le sous-ministre du revenu et approuvées par un juge — Le juge avait-il les renseignements pertinents pour vérifier si les faits sur lesquels se fondait la croyance du dénonciateur sont raisonnables? — Bref d'évocation — Loi sur le ministère du revenu, L.R.Q. 1977, chap. M-31, art. 40.

Par suite d'une dénonciation déposée par un fonctionnaire du ministère du revenu du Québec déclarant que l'appelante aurait contrevenu à la *Loi sur le ministère du revenu*, les fonctionnaires de ce ministère ont perquisitionné dans les locaux de l'appelante. Ils avaient auparavant obtenu l'autorisation du sous-ministre du revenu et, conformément à l'art. 40 de la Loi, l'autorisation

of the Court of Sessions of the Peace to make this search.

Alleging that the information was too vague, appellant filed a motion for a writ of evocation in the Superior Court under art. 846 C.C.P. to challenge the decision of the judge of the Court of Sessions of the Peace authorizing the search. The Superior Court refused to issue the writ and a majority of the Court of Appeal affirmed this judgment.

Held: The appeal should be allowed.

The supervision exercised by a judge of the Court of Sessions of the Peace over the administrative decision to authorize a search is a judicial function. Accordingly, the judge must look with the greatest care at the exercise of the ministerial discretionary power. In order to perform his duty of supervision, the judge must determine whether the facts on which the informant's belief is based are such that his belief was indeed reasonable. As in the case at bar none of these facts were disclosed by the information, the judge had a duty to ask for further information, which he did not do. He therefore did not in fact verify the reasonableness of the informant's belief and his approval of the warrant at once gives rise to a writ of evocation.

Cases Cited

Referred to: *Goodman v. Rompkey*, [1982] 1 S.C.R. 589; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; *M.N.R. v. Paroian*, [1980] C.T.C. 131.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Ministère du revenu, R.S.Q. 1977, c. M-31, s. 40.
Code of Civil Procedure, art. 846.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Quebec, [1984] C.A. 553, [1984] R.D.F.Q. 145, dismissing the motion for a writ of evocation, dismissed by the Superior Court¹, against approval of the authorization to search. Appeal allowed.

Raymond Nepveu and *André Gauthier*, for the appellant.

Michel Legendre and *Yves Ouellette*, for the respondent.

¹ S.C. Mingan, No. 650-05-000244-823, February 17, 1983.

d'un juge de la Cour des sessions de la paix pour effectuer cette perquisition.

Alléguant l'imprécision de la dénonciation, l'appelante a présenté devant la Cour supérieure une requête en évocation suivant l'art. 846 C.p.c. afin d'attaquer la décision du juge de la Cour des sessions de la paix autorisant la perquisition. La Cour supérieure a refusé de délivrer le bref et la Cour d'appel, à la majorité, a confirmé ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le contrôle qu'exerce en l'espèce le juge de la Cour des sessions de la paix sur la décision administrative d'autoriser la perquisition constitue une fonction judiciaire. Le juge doit donc scruter avec le plus grand soin l'exercice du pouvoir discrétionnaire ministériel. Pour remplir son devoir de contrôle, le juge se doit de vérifier si les faits sur lesquels repose la croyance du dénonciateur sont tels que c'est à bon droit que celui-ci affirme que sa croyance est raisonnable. Comme en l'espèce, la dénonciation ne révélait aucun de ces faits, il incombait au juge d'exiger un supplément d'information, ce qu'il n'a pas fait. Il n'a donc pas effectivement contrôlé si la croyance du dénonciateur était raisonnable et son approbation du mandat donne dès lors ouverture à un bref d'évocation.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Goodman c. Rompkey*, [1982] 1 R.C.S. 589; *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; *M.N.R. v. Paroian*, [1980] C.T.C. 131.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, art. 846.
Loi sur le ministère du revenu, L.R.Q. 1977, chap. M-31, art. 40.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1984] C.A. 553, [1984] R.D.F.Q. 145, qui a rejeté la requête en bref d'évocation qu'avait rejetée la Cour supérieure¹, à l'encontre de l'approbation de l'autorisation de perquisitionner. Pourvoi accueilli.

Raymond Nepveu et *André Gauthier*, pour l'appelante.

Michel Legendre et *Yves Ouellette*, pour l'intimé.

¹ C.S. Mingan, n° 650-05-000244-823, le 17 février 1983.

James M. Mabbutt, for the Attorney General of Canada.

Yves de Montigny, for the Attorney General of Quebec.

Lorraine E. Weinrib, for the Attorney General for Ontario.

English version of the judgment delivered by

THE COURT—These reasons are in support of a judgment rendered from the Bench on May 14, 1987.

Pursuant to an information laid by an official of the Ministère du revenu of Quebec asserting that appellant, the Restaurant Le Clémenceau Inc., had contravened the *Act respecting the Ministère du revenu*, R.S.Q. 1977, c. M-31, the officers of that department searched the appellant's premises. They had previously obtained authorization from the Deputy Minister of Revenue and, as required by s. 40 of the Act, authorization from a judge of the Court of the Sessions of the Peace to make this search.

The appellant filed a motion for a writ of evocation in the Superior Court pursuant to art. 846 of the *Code of Civil Procedure* to challenge the decision of the judge of the Court of the Sessions of the Peace authorizing the search. The appellant argued that the information was too vague and s. 40 of the Act unconstitutional. The Superior Court denied the writ and the majority in the Court of Appeal affirmed this judgment.

Section 40 of the *Act respecting the Ministère du revenu* requires judicial intervention before an official is allowed to exercise the powers of search and seizure mentioned therein. It reads as follows:

40. (1) With the approval of a judge of the Sessions which may be granted on demand *ex parte* following an information made under oath, the Minister may, for all purposes respecting the application of a fiscal law, authorize in writing any functionary of the Ministère du revenu or any other person whom he designates, and any peace officer whom such officer or person calls to his aid, to enter and search, by force, if need be, any building, receptacle or place to seek therein for docu-

James M. Mabbutt, pour le procureur général du Canada.

Yves de Montigny, pour le procureur général du Québec.

Lorraine E. Weinrib, pour le procureur général de l'Ontario.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR—Ces motifs sont au soutien d'un jugement prononcé, séance tenante, le 14 mai 1987.

À la suite d'une dénonciation déposée par un fonctionnaire du ministère du revenu du Québec déclarant que l'appelante, le restaurant Le Clémenceau Inc., aurait contrevenu à la *Loi sur le ministère du revenu*, L.R.Q. 1977, chap. M-31, les fonctionnaires de ce ministère ont perquisitionné dans les locaux de l'appelante. Ils avaient auparavant obtenu l'autorisation du sous-ministre du revenu et, tel que l'exige l'art. 40 de la Loi, l'autorisation d'un juge de la Cour des sessions de la paix pour effectuer cette perquisition.

L'appelante a présenté devant la Cour supérieure une requête pour la délivrance d'un bref d'évocation suivant l'art. 846 du *Code de procédure civile* afin d'attaquer la décision du juge de la Cour des sessions de la paix autorisant la perquisition. L'appelante soulevait l'imprécision de la dénonciation et l'inconstitutionnalité de l'art. 40 de la Loi. La Cour supérieure a refusé la délivrance du bref et la Cour d'appel a majoritairement confirmé ce jugement.

L'article 40 de la *Loi sur le ministère du revenu* requiert l'intervention judiciaire avant de permettre à un fonctionnaire d'exercer les pouvoirs de perquisition et de saisie qui y sont prévus. En voici le texte.

40. 1. Avec l'approbation d'un juge des sessions, qui peut être accordée sur demande *ex parte* à la suite d'une dénonciation faite sous serment, le ministre peut, pour toutes fins relatives à l'application d'une loi fiscale, autoriser par écrit tout fonctionnaire du ministère du revenu ou toute autre personne qu'il désigne, ainsi que tout agent de la paix que ce fonctionnaire ou cette personne appelle à son aide, à s'introduire et à perquisitionner, par la force au besoin, dans tout édifice, récep-

ments, books, registers, papers or other things that may be used as evidence of an offence against a fiscal law or a regulation made by the Gouvernement under such law, to seize and remove such documents, books, registers, papers or other things and keep them until they have been produced in judicial proceedings.

(2) The search contemplated in subsection 1 shall not be made before seven hours or after twenty hours, or on a non-judicial day, except under written authorization of the judge who approved it.

(3) The Minister shall, upon request, allow the examination of any document, book, register, paper or other thing seized, by its owner or the person in whose hands it was at the time of the seizure.

The supervision exercised by the judge of the Court of the Sessions of the Peace over the administrative decision in these circumstances is a judicial function. Accordingly, the judge must look with the greatest care at the exercise of the ministerial discretionary power (see *Goodman v. Rompkey*, [1982] 1 S.C.R. 589; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, on the federal *Income Tax Act*). In order to do this, he must know all the facts necessary for him to make an informed decision and to exercise genuine supervision.

In *M.N.R. v. Paroian*, [1980] C.T.C. 131, at p. 138, Morden J.A. of the Ontario Court of Appeal states the same rule in connection with the federal *Income Tax Act*:

The function of the judge is the most important safeguard. It is implicit in the provision that the judge is not to act as a rubber stamp. "The judge sits to scrutinize (with utmost care) the intended exercise of ministerial discretion." *MNR v. Coopers and Lybrand, supra*, at 506. He has a duty to consider the cogency of the evidence put before him in determining what facts it "establishes". He surely has a discretion, in a proper case, to withhold his approval, if he considers that the facts do not justify it.

In the case at bar the judge of the Court of the Sessions of the Peace had before him only an information in which the official stated that he believed that the appellant had made false or misleading returns for August 1977, in that it had failed to include the sum of \$299.20 tax collected.

tacle ou lieu pour y rechercher des documents, livres, registres, papiers ou autres choses pouvant servir de preuve d'infraction à une loi fiscale ou à un règlement édicté par le gouvernement en vertu d'une telle loi, à saisir et emporter ces documents, livres, registres, papiers ou autres choses et à les garder jusqu'à ce qu'ils soient produits dans des procédures judiciaires.

2. La perquisition visée au paragraphe 1 ne peut être effectuée avant sept heures ni après vingt heures, non plus qu'un jour non juridique, si ce n'est en vertu d'une autorisation écrite du juge qui l'a approuvée.

3. Le ministre doit, sur demande, permettre l'examen de tout document, livre, registre, papier ou autre chose saisi, par leur propriétaire ou la personne qui les détenait lors de la saisie.

Le contrôle qu'exerce en l'espèce le juge de la Cour des sessions de la paix sur la décision administrative constitue une fonction judiciaire. Le juge doit donc scruter avec le plus grand soin l'exercice du pouvoir discrétionnaire ministériel (voir *Goodman c. Rompkey*, [1982] 1 R.C.S. 589; *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, sur la *Loi de l'impôt sur le revenu fédérale*). Pour ce faire, il doit connaître tous les faits nécessaires à une décision éclairée et qui permettent un véritable contrôle.

Le juge Morden de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *M.N.R. v. Paroian*, [1980] C.T.C. 131, à la p. 138, énonce la même règle en regard de la *Loi de l'impôt sur le revenu fédérale*:

[TRADUCTION] La fonction du juge est la protection la plus importante. Il est implicite dans l'article que le juge ne doit pas donner l'autorisation automatiquement. «Le juge doit scruter (avec le plus grand soin) l'exercice envisagé du pouvoir ministériel.» *M.N.R. v. Coopers and Lybrand*, précité, à la p. 506. Il a l'obligation d'examiner la cohérence des éléments de preuve soumis pour déterminer les faits qu'ils «établissent». Il a indubitablement le pouvoir discrétionnaire de ne pas donner son approbation dans un cas approprié, s'il considère que les faits ne le justifient pas.

En l'espèce, le juge de la Cour des sessions de la paix n'avait devant lui qu'une dénonciation dans laquelle le fonctionnaire affirmait qu'il croyait que l'appelante avait fait des déclarations fausses ou trompeuses pour le mois d'août 1977 en ce qu'elle avait omis d'y inclure un montant de 299,20 \$ de

He further asserted that this belief was reasonable and rested on an investigation he had undertaken, though he did not disclose its nature, and during which he had discovered certain facts. In order to perform his duty of supervision, the judge had to determine whether the facts on which the informant's belief was based were such that his belief was indeed reasonable. None of these facts are disclosed by the information. The judge then had a duty to ask for further information, which he elected not to do. In the case at bar, in view of what was before the judge, he could not and in fact did not verify the reasonableness of the informant's belief and his approval of the warrant accordingly at once gives rise to a writ of evocation.

These are the reasons for which the Court allowed the appeal, and set aside the judgments of the Court of Appeal and the Superior Court.

It is ordered that the writ of evocation be issued and, proceeding on the merits by consent of the parties.

The Court declares the warrant, the search and the seizure to be null and void and unlawful and quashes the search warrant authorized by the defendant judge.

The Court orders that all the effects seized and any copies that may have been made of these effects since the search be returned.

The whole with costs throughout. However, no costs will be awarded for or against the interveners.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Gauthier, Nepveu & Leblanc, Sept-Îles.

Solicitors for the respondent and the mis en cause: Ouellette, Desruisseaux, Veillette, Montréal.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

taxe perçue. Il affirmait de plus que cette croyance était raisonnable et reposait sur une enquête qu'il avait tenue, dont il ne révélait pas cependant la nature, et au cours de laquelle il avait découvert certains faits. Pour remplir son devoir de contrôle, le juge se devait de vérifier si les faits sur lesquels reposait la croyance du dénonciateur étaient tels que c'est à bon droit que celui-ci affirmait que sa croyance était raisonnable. Or, la dénonciation ne révèle aucun de ces faits. Il incombait dès lors au juge d'exiger un supplément d'information, ce qu'il a choisi de ne pas faire. En l'espèce, en regard de ce dont il disposait, le juge ne pouvait contrôler et, effectivement, n'a pas contrôlé si la croyance du dénonciateur était raisonnable et son approbation du mandat donne dès lors ouverture à un bref d'évocation.

Ce sont les motifs pour lesquels la Cour a accueilli le pourvoi et a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure.

Il est ordonné que le bref d'évocation émane et, procédant au fond du consentement des parties.

La Cour déclare nuls et illégaux le mandat, la perquisition et la saisie et casse le mandat de perquisition autorisé par le juge défendeur.

La Cour ordonne la restitution intégrale des effets saisis et de toutes copies qui auraient pu être prises de ces effets depuis la perquisition.

Le tout avec dépens dans toutes les cours. Cependant, il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre les intervenants.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Gauthier, Nepveu & Leblanc, Sept-Îles.

Procureurs de l'intimé et des mis en cause: Ouellette, Desruisseaux, Veillette, Montréal.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1987 Vol. 1

5^e cahier, 1987 Vol. 1

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel are advised that in order to increase efficiency, the Supreme Court of Canada has decided to schedule, as far as is possible, two appeals per day on a trial basis starting in the Fall of 1987.

Hearing days will therefore be divided into equal morning and afternoon sittings, i.e. 10:30 a.m. to 12:30 p.m. and 2:00 to 4:00 p.m., with one case being heard in the morning and one in the afternoon.

As a general rule, the Court will allow two hours for the hearing of an appeal. Time to be divided equally between the Appellant and the Respondent, including time for reply. The Registrar will consult with counsel or their Ottawa agents prior to the inscription day to obtain firm commitments for the time required for argument. A party not satisfied with the allotted time may make a special application to the Registrar to obtain more time.

Once times have been settled, the Court will expect counsel to keep within the allotted time.

AVIS AUX AVOCATS

Afin d'améliorer le déroulement des audiences, la Cour suprême du Canada a décidé, à titre d'essai et dans la mesure du possible, de prévoir l'audition de deux pourvois par jour à compter de l'automne 1987.

Les séances du matin et de l'après-midi des journées d'audition seront de durée égale, soit 10 h 30 à 12 h 30 et 14 h à 16 h, et une affaire sera entendue par séance.

En règle générale, la Cour accordera deux heures d'audition par pourvoi. L'appelant et l'intimé auront droit au même temps, qui comprend la durée de la réplique. Le registraire consultera les avocats ou leurs correspondants à Ottawa avant le jour de l'inscription pour obtenir un engagement ferme sur le temps nécessaire aux plaidoiries. Une partie insatisfaite du temps accordé pourra présenter une demande spéciale au registraire pour le faire allonger.

Une fois le temps de plaidoirie fixé, la Cour s'attend à ce que les avocats s'y tiennent.



THE REGISTRAR

LE REGISTRAIRE

September 1987

Septembre 1987

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

Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1987.

CONTENTS

Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal 711

Banks and banking operations — Forged cheques — Customer's employee forging signatures of signing officers and concealing forgeries — Whether customer precluded from setting up forgeries against the bank — Whether or not duty, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time — Whether or not duty to maintain adequate internal accounting controls for the prevention and minimization of loss through forgery — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, s. 49(1).

Bills of Exchange — Forged cheques — Customer's employee forging signatures of signing officers and concealing forgeries — Whether or not customer precluded from setting up forgeries against bank — Whether or not duty, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time — Whether or not duty to maintain adequate internal accounting controls for the prevention and minimization of loss through forgery.

Caron v. Caron 892

Divorce — Maintenance — Variation — Separation agreement — Agreement providing for the cessation of maintenance payments to ex-wife upon cohabitation — Clause incorporated in *decree nisi* — Clause enforced by ex-husband — Ex-wife's application to vary *decree nisi* denied — Power of the court to vary maintenance provision under the agreement and under s. 11(2) of the Divorce Act.

Continued on next page

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

Arrêtière en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1987.

SOMMAIRE

Caron c. Caron 892

Divorce — Aliments — Modification — Convention de séparation — Convention prévoyant la cessation du paiement de la pension alimentaire à l'ex-épouse en cas de cohabitation — Incorporation de la clause dans un jugement conditionnel de divorce — Mise à exécution de la clause par l'ex-mari — Rejet de la demande faite par l'ex-épouse en vue de faire modifier le jugement conditionnel de divorce — Pouvoir de la cour de modifier la pension alimentaire en vertu de la convention et de l'art. 11(2) de la Loi sur le divorce.

Tribunal — Compétence — Divorce — Convention de séparation prévoyant la cessation du paiement de la pension alimentaire à l'ex-épouse en cas de remariage ou de cohabitation de sa part — Pouvoir de la cour de modifier la convention — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2).

Pelech c. Pelech 801

Divorce — Aliments — Modification — Convention conclue après le divorce prévoyant le paiement d'un montant forfaitaire à l'épouse en paiement final de toute créance alimentaire future — Incorporation de la convention des parties dans l'ordonnance du tribunal — Grave détérioration de la situation financière de l'épouse au cours des années à cause de problèmes de santé — Demande de modification de l'ordonnance alimentaire — La convention devrait-elle être respectée et empêcher l'intervention judiciaire? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2).

Tribunaux — Compétence — Divorce — Convention alimentaire incorporée dans l'ordonnance du tribunal — Demande de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Court — Jurisdiction — Divorce — Separation agreement providing for the cessation of maintenance payments to an ex-wife upon her remarriage or cohabitation — Power of the court to interfere with the agreement — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(2).

Pelech v. Pelech 801

Divorce — Maintenance — Variation — Agreement made after divorce providing for lump sum to wife in full satisfaction of future claims for maintenance — Court's order incorporating parties' agreement — Wife's financial situation deteriorating substantially over the years because of health problems — Application to vary the maintenance order — Whether the agreement should be respected and preclude judicial intervention — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(2).

Courts — Jurisdiction — Divorce — Maintenance agreement incorporated in court order — Ex-wife's application to vary allowed — Jurisdiction of the Court of Appeal and the Supreme Court of Canada to review orders made under s. 11 of the Divorce Act — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 11(2), 17(2), 18(1).

Courts — Jurisdiction — Powers of the reviewing court — Divorce — Maintenance agreement incorporated in court order — Ex-wife's application to vary allowed — Whether appellate court should interfere with trial judge's discretion in the absence of material error — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 11(2), 17(2).

R. v. Bulmer 782

Criminal law — Charge to jury — Rape and indecent assault — Defence of mistake of fact — Mistaken belief in consent — Whether the defence should have been left with the jury — Whether trial judge properly charged the jury.

R. v. Faulkner 951

Criminal law — Procedure — Appeal as of right — Dissent in the Court of Appeal not on a question of law.

R. v. Pohoretsky 945

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Blood sample taken by doctor as authorized by provincial statute — Appellant unable to give consent — Crown conceded search unreasonable and in violation of s. 8 of Charter — Whether or not blood sample inadmissible in that it would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237(2), 238(3)(b) — Blood Test Act, S.M. 1980, c. 49, C.C.S.M., c. B63, ss. 1, 2.

Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Taking of blood sample by doctor authorized by provincial statute but not by Criminal Code — Evidence to be used in criminal matter — Crown admitted taking blood sample to be an unreasonable search in violation of s. 8 of Charter — Whether or not blood sample inadmissible in that it would bring the administration of justice into disrepute.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

modification par l'ex-épouse accueillie — Compétence de la Cour d'appel et de la Cour suprême du Canada pour examiner des ordonnances rendues aux termes de l'art. 11 de la Loi sur le divorce — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2), 17(2), 18(1).

Tribunaux — Compétence — Pouvoirs du tribunal d'examen — Divorce — Convention alimentaire incorporée dans l'ordonnance du tribunal — Demande de modification par l'ex-épouse accueillie — Une cour d'appel devrait-elle intervenir dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance en l'absence d'erreur grave? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2), 17(2).

R. c. Bulmer 782

Droit criminel — Exposé au jury — Viol et attentat à la pudeur — Défense d'erreur de fait — Croyance erronée au consentement — Le moyen de défense aurait-il dû être présenté au jury? — Le juge du procès a-t-il donné des directives appropriées au jury?

R. c. Faulkner 951

Droit criminel — Procédure — Appel de plein droit — Dissidence en Cour d'appel ne portant pas sur une question de droit.

R. c. Pohoretsky 945

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidérer l'administration de la justice — Échantillon de sang prélevé par un médecin comme l'autorise la loi provinciale — Appelant incapable de donner son consentement — Admission du ministère public que la fouille est abusive et viole l'art. 8 de la Charte — L'utilisation de l'échantillon de sang comme élément de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237(2), 238(3)(b) — Loi sur les analyses du sang, L.M. 1980, chap. 49, C.C.S.M., chap. B63, art. 1, 2.

Preuve — Admissibilité — Déconsidérer l'administration de la justice — Prise de sang effectuée par un médecin et autorisée par la loi provinciale mais non par le Code criminel — Élément de preuve à être utilisé dans une affaire criminelle — Admission du ministère public que la prise de sang constitue une fouille abusive qui viole l'art. 8 de la Charte — L'utilisation de l'échantillon de sang comme élément de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

R. c. Robertson 918

Droit criminel — Agression sexuelle — Exposé au jury — Moyen de défense d'erreur de fait — Le juge du procès doit-il dans chaque affaire d'agression sexuelle dire au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 244(4), 246.1(1)a.

Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Admissibilité du témoignage selon lequel l'accusé a fait des avances sexuelles à la compagne de chambre de la plaignante — Dans l'hypothèse

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Robertson 918

Criminal law — Sexual assault — Charge to jury — Defence of mistake of fact — Should the trial judge, in every sexual assault case, instruct the jury to consider whether the accused had an honest, though mistaken, belief in consent — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 244(4), 246.1(1)(a).

Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Accused convicted of sexual assault — Whether or not evidence of accused's making a sexual proposition to complainant's roommate admissible — If inadmissible, whether or not s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code applicable to save conviction.

Richardson v. Richardson 857

Divorce — Maintenance — Variation — Settlement agreement — Agreement prior to divorce providing for wife support for a period of one year — Wife unable to find work during that period and supported by public assistance claimed maintenance in divorce proceeding — Power of the court to vary maintenance provision of the agreement under s. 11(1) of the Divorce Act.

Divorce — Maintenance — Escalator clause — Settlement agreement — Whether a court can insert an escalator clause in a *decree nisi* where the parties did not have such a clause in their settlement agreement — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(1).

St. Pierre v. Ontario (Minister of Transportation and Communications) 906

Expropriation — Injurious affection — Compensation — Land acquired for highway adjacent to appellants' property — None of appellants' lands expropriated — Whether or not damages resulting from construction of highway compensable — Expropriations Act, R.S.O. 1970, c. 154, ss. 1, 21 (now R.S.O. 1980, c. 148).

Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd. 952

Leases — Perpetual leases — Lessee of railway selling lessor's surplus lands — Whether lessee authorized by the lease or statutes to sell these lands without the lessor's approval — Whether the sale of these lands constitutes a breach of the leases — Whether proceeds from sales should go to the lessor — Whether lessor entitled to recover its reversionary interest in the surplus lands sold by lessee — Act respecting the Canadian Pacific Railway Company, S.C. 1891, c. 70, s. 2.

Creditor and debtor — Lease of railway — Lessee authorized by statute to sell lessor's surplus lands free of incumbrance — Lands subject to lessor's debenture stock — Debenture stock constituting first lien and charge on lands — Whether debenture stock an incumbrance within the meaning of the statute — Whether debenture stock a specific or a floating charge — Whether lessor's debenture stockholders have a claim against the lessee or the lessor for the sale of these lands under the lease or statute — Act respecting the Ontario and Quebec Railway Company, S.C. 1884, c. 61, s. 8 — Act respecting the Canadian Pacific Railway Company, S.C. 1891, c. 70, s. 2.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de l'inadmissibilité, l'art. 613(1)(b)(iii) du Code criminel s'applique-t-il de manière que la déclaration de culpabilité puisse être maintenue?

Richardson c. Richardson 857

Divorce — Aliments — Modification — Convention — Convention antérieure au divorce accordant une pension alimentaire à l'épouse pour une période d'un an — L'épouse incapable de trouver du travail au cours de cette période et touchant des prestations sociales a demandé une pension alimentaire dans le cadre des procédures de divorce — Pouvoir du tribunal de modifier les stipulations alimentaires de la convention en vertu de l'art. 11(1) de la Loi sur le divorce.

Divorce — Aliments — Clause d'indexation — Convention — Le tribunal peut-il insérer une clause d'indexation dans un jugement conditionnel de divorce lorsque les parties n'ont pas inclus une telle clause dans leur convention? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(1).

Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal 711

Banques et opérations bancaires — Faux chèques — Contrefaçons des signatures des signataires autorisés et dissimulation des contrefaçons par un employé du client — Le client est-il empêché d'opposer les faux à la banque? — Y avait-il, en l'absence d'un accord de vérification, une obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable? — Y avait-il une obligation de maintenir un système adéquat de contrôles comptables internes pour prévenir et minimiser les pertes imputables aux faux? — Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 49(1).

Lettres de change — Faux chèques — Contrefaçons des signatures des signataires autorisés et dissimulation des contrefaçons par un employé du client — Le client est-il empêché d'opposer les faux à la banque? — Y avait-il, en l'absence d'un accord de vérification, une obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable? — Y avait-il une obligation de maintenir un système adéquat de contrôles comptables internes pour prévenir et minimiser les pertes imputables aux faux?

St. Pierre c. Ontario (Ministre des Transports et Communications) 906

Expropriation — Atteinte préjudiciable — Indemnisation — Bien-fonds acquis pour la construction d'une route adjacente au bien-fonds des appelants — Aucune expropriation du bien-fonds des appelants — Les dommages résultant de la construction de la route ouvrent-ils droit à une indemnisation? — Expropriations Act, R.S.O. 1970, chap. 154, art. 1, 21 (maintenant R.S.O. 1980, chap. 148).

Wotherspoon c. Canadien Pacifique Ltée 952

Baux — Baux à perpétuité — Vente de terrains excédentaires de la bailleuse par la preneuse à bail du chemin de fer — La

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Corporations — Meetings — Notice — Sufficiency of notice — Meeting to approve sale of surplus lands to majority shareholder's subsidiary — Whether shareholders should have received the actual appraisal reports of these properties — Whether shareholders meeting validly held.

Corporations — Oppression or fraud on the minority — Board of Directors and majority shareholder of railway company voting in favour of the sale of surplus lands to majority shareholder's subsidiary — Whether such action constitutes oppression or fraud on the minority.

SOMMAIRE (Fin)

preneuse à bail est-elle autorisée par le bail ou par les lois à vendre ces terrains sans l'approbation de la bailleresse? — La vente de ces terrains constitue-t-elle une violation des baux? — La bailleresse a-t-elle droit au recouvrement de la valeur de son droit réversif dans les terrains excédentaires vendus par la preneuse? — Acte concernant la Compagnie du Chemin de fer Canadien du Pacifique, S.C. 1891, chap. 70, art. 2.

Créancier et débiteur — Bail de chemin de fer — Preneuse à bail autorisée par la loi à vendre les terrains excédentaires de la bailleresse libres de redevance — Terrains grevés par les actions-déventures de la bailleresse — Actions-déventures constituant une première charge et redevance sur les terrains — Les actions-déventures sont-elles une «redevance» au sens de la loi? — Les actions-déventures constituent-elles une charge déterminée ou flottante? — Les porteurs d'actions-déventures de la bailleresse ont-ils un droit de réclamation contre la preneuse ou la bailleresse pour la vente de ces terrains en vertu du bail ou de la loi — Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec, S.C. 1884, chap. 61, art. 8 — Acte concernant la Compagnie du Chemin de fer Canadien du Pacifique, S.C. 1891, chap. 70, art. 2.

Compagnies — Assemblées — Avis — Avis suffisant — Assemblée pour approuver la vente de terrains excédentaires à une filiale de l'actionnaire majoritaire — Les actionnaires auraient-ils dû recevoir les rapports réels d'évaluation de ces biens? — L'assemblée des actionnaires a-t-elle été valablement tenue?

Compagnies — Oppression ou dol vis-à-vis de la minorité — Conseil d'administration et actionnaire majoritaire de la compagnie de chemin de fer votant en faveur de la vente des terrains excédentaires à la filiale de l'actionnaire majoritaire — Pareille action constitue-t-elle de l'oppression ou dol vis-à-vis de la minorité?

Canadian Pacific Hotels Limited *Appellant*

v.

Bank of Montreal *Respondent*

and

Morris Sands also known as Morris Sigulim also known as Morris Van Sigoulim, Dundas Discounts Limited and Sig-Mor Sales Limited *Defendants*

INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC HOTELS LTD. v. BANK OF MONTREAL

File No.: 17330.

1985: April 24; 1987: June 4.

Present: Estey, McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Banks and banking operations — Forged cheques — Customer's employee forging signatures of signing officers and concealing forgeries — Whether customer precluded from setting up forgeries against the bank — Whether or not duty, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time — Whether or not duty to maintain adequate internal accounting controls for the prevention and minimization of loss through forgery — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, s. 49(1).

Bills of Exchange — Forged cheques — Customer's employee forging signatures of signing officers and concealing forgeries — Whether or not customer precluded from setting up forgeries against bank — Whether or not duty, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time — Whether or not duty to maintain adequate internal accounting controls for the prevention and minimization of loss through forgery.

A number of forged cheques were drawn on the chequing account, at respondent bank, of one of appellant's operating units and were made payable to defendant companies which were controlled by defendant

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée *Appelante*

c.

^a **Banque de Montréal** *Intimée*

et

^b **Morris Sands alias Morris Sigulim ainsi que Morris Van Sigoulim, Dundas Discounts Limited et Sig-Mor Sales Limited** *Défendeurs*

RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ HÔTELIÈRE CANADIEN PACIFIQUE LTÉE c. BANQUE DE MONTRÉAL

^c N° du greffe: 17330.

1985: 24 avril; 1987: 4 juin.

^d Présents: Les juges Estey, McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

^e *Banques et opérations bancaires — Faux chèques — Contrefaçons des signatures des signataires autorisés et dissimulation des contrefaçons par un employé du client — Le client est-il empêché d'opposer les faux à la banque? — Y avait-il, en l'absence d'un accord de vérification, une obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable? — Y avait-il une obligation de maintenir un système adéquat de contrôles comptables internes pour prévenir et minimiser les pertes imputables aux faux? — Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 49(1).*

^f *Lettres de change — Faux chèques — Contrefaçons des signatures des signataires autorisés et dissimulation des contrefaçons par un employé du client — Le client est-il empêché d'opposer les faux à la banque? — Y avait-il, en l'absence d'un accord de vérification, une obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable? — Y avait-il une obligation de maintenir un système adéquat de contrôles comptables internes pour prévenir et minimiser les pertes imputables aux faux?*

^g Un certain nombre de faux chèques ont été tirés sur le compte de chèque qu'avait à la banque intimée une des divisions de l'appelante, dont les bénéficiaires étaient les sociétés contrôlées par le défendeur Sands. Les chèques

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

Sands. The cheques in question required the signature of both the unit's manager and its accountant. Sands, as assistant accountant for the unit forged both signatures and then, when he became the unit's accountant, that of the manager. The procedure manual required the accountant of the unit to prepare monthly bank reconciliations with a list of outstanding cheques and to forward them to the assistant accountant of the head office of the appellant. The responsibility for the bank reconciliations based on the daily bank statements and disbursement records was delegated to Sands, as assistant accountant, by the unit's accountant and was later exercised by Sands as accountant. The unit's accountant received a summary statement of the monthly bank reconciliation from Sands, generally without a list of the outstanding cheques, but otherwise did not check his work in the preparation of the bank reconciliation, or examine the daily bank statements or the cancelled cheques.

Appellant's banking operations were part of the overall banking arrangements made with the bank by Canadian Pacific Limited ("CP") for itself and its subsidiary and associated companies. CP was not required by the bank to sign a verification agreement obliging it and its subsidiary and associated companies to verify bank statements and report discrepancies within a specified period of time. Neither the general agreement between CP and the bank respecting the bank's remuneration nor the "Operation of Account Agreement" contained any reference to the verification of bank statements. The daily bank statement sent to the operating unit of the appellant contained the following statement: "Please check this statement promptly. Any errors, irregularities, or omission found therein should be reported within 30 days of delivery or mailing, otherwise it will be considered correct."

The trial judge, who was upheld by a majority of the Court of Appeal, found two duties on the part of the appellant: the duty, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time, and the duty to maintain an acceptable system of internal controls for the prevention and minimization of loss through forgery. He found that the appellant was in breach of both duties, that its negligence was the cause of the loss, and that it was precluded by such negligence from setting up the forgeries against the bank. He accordingly dismissed the appellant's action for recovery of the amount by which its account had been debited for the payment of the forged cheques.

en question devaient porter la signature du gérant de la division et de son comptable. Sands, à titre de comptable adjoint de la division a contrefait les deux signatures et ensuite, lorsqu'il est devenu le comptable de la division, celle du gérant. Selon le manuel d'instructions, le comptable de la division devait préparer chaque mois des conciliations bancaires avec une liste des chèques en circulation et les transmettre au comptable adjoint au siège social de l'appelante. La responsabilité d'établir les conciliations bancaires à partir des relevés bancaires quotidiens et des états des débours avait été déléguée à Sands, en qualité de comptable adjoint, par le comptable de la division et elle a par la suite été exercée par Sands en qualité de comptable. Le comptable de la division recevait de Sands un état récapitulatif de la conciliation bancaire mensuelle, lequel n'était généralement sans liste des chèques en circulation, et il ne vérifiait pas par ailleurs le travail accompli par Sands en dressant la conciliation bancaire et n'examinait ni les relevés bancaires quotidiens ni les chèques payés.

Les opérations bancaires de l'appelante faisaient partie d'une entente générale conclue avec la banque par Canadien Pacifique Ltée («CP») pour elle-même, ses filiales et ses sociétés affiliées. La banque n'a pas exigé de CP qu'elle signe un accord de vérification l'obligeant, elle, ses filiales et ses sociétés affiliées à vérifier les relevés bancaires et à signaler les irrégularités dans un délai déterminé. Ni l'entente générale entre CP et la banque portant sur la rémunération de celle-ci ni «l'entente sur l'administration du compte» ne parlaient de la vérification des relevés bancaires. Le relevé bancaire quotidien envoyé à la division de l'appelante portait la mention suivante: «Prière de vérifier ce relevé sans délai. Toute erreur, irrégularité ou omission doit être signalée dans les trente jours de la livraison ou de la mise à la poste, sinon le relevé sera considéré comme exact.»

Le juge de première instance, dont la décision a été confirmée par la Cour d'appel à la majorité, a conclu que l'appelante avait deux obligations: l'obligation, en l'absence d'un accord de vérification, d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable, et l'obligation de maintenir un système acceptable de contrôles internes pour prévenir et minimiser les pertes imputables aux faux. Il a conclu que l'appelante a manqué à l'une et l'autre obligations, que sa négligence a occasionné la perte et que cette négligence l'empêche d'opposer les faux à la banque. Il a en conséquence rejeté l'action de l'appelante visant à recouvrer le montant dont son compte a été débité en paiement des faux chèques.

The issue was whether the appellant was precluded, within the meaning of s. 49(1) of the *Bills of Exchange Act*, from setting up the forgeries against the respondent. That question turned on whether, apart from the question of policy, there was a sound basis in law for either of the duties of care affirmed by the trial judge.

Held: The appeal should be allowed.

Per Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.: The appellant was not in breach of any duty owing to the respondent and was therefore not precluded from setting up the forgeries against the bank. A customer of a bank does not, in the absence of a verification agreement, owe a duty to the bank to examine bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time, nor does a customer, "sophisticated" or otherwise, owe a duty to its bank to maintain an adequate system of internal accounting controls for the prevention and minimization of loss through forgery. There is no basis under any of the categories of implication for holding either duty to be an implied term of the contract between banker and customer. Any such implication would have to apply to all customers and not merely to customers of a certain size or kind, characterized as "sophisticated commercial customers". In view of the established law and practice with respect to a customer's duty of care in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of his cheques, neither duty can be implied on the basis of presumed intention, as resting on custom or usage or on the business efficacy or "officious bystander" tests. Nor is there any basis for implication of either duty as a legal incident of a particular class of contract. The test for such implication is also one of necessity and not mere reasonableness. It was not argued whether, if either of the duties contended for by the respondent did not exist in contract, they could arise in tort. Nor was any consideration given as to whether, as a matter of principle, a duty of care in tort could be held to arise in a contractual relationship from which the same duty had been excluded by the courts as an implied term of the contract. Assuming it to be arguable that a duty to examine bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time could arise in tort, the principle of concurrent or alternate liability in contract and in tort affirmed in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, cannot extend to the recognition of a duty of care in tort when the same duty of care has been rejected or excluded by

La question est de savoir si l'appelante est empêché, au sens du par. 49(1) de la *Loi sur les lettres de change*, d'opposer les faux à l'intimée. Cette question repose sur celle de savoir si, indépendamment de la question de principe, il existe un fondement solide en droit pour appuyer l'une ou l'autre des obligations de diligence reconnues par le juge de première instance.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain: L'appelante n'a manqué à aucune obligation envers l'intimée et elle est donc admise à opposer les faux à la banque. Le client d'une banque, en l'absence d'un accord de vérification, n'est pas tenu envers la banque d'examiner ses relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable, et le client «averti» ou autre, n'est pas non plus tenu envers la banque de maintenir un système adéquat de contrôles comptables internes pour prévenir et minimiser les pertes attribuables aux faux. Rien dans les catégories de termes implicites ne permet de conclure que l'une ou l'autre obligation puisse constituer un terme implicite du contrat entre banquier et client. Un tel terme implicite devrait s'appliquer à tous les clients et non simplement au client d'une certaine taille ou d'un certain genre, qualifié de «client commercial averti». Compte tenu du droit et de la pratique établis relativement à l'obligation de diligence d'un client en matière de prévention et de détection du faux dans le tirage de ses chèques, ni l'une ni l'autre obligation ne peut être introduite sur le fondement de l'existence d'une intention présumée, reposant sur la coutume ou l'usage ou sur les critères de l'efficacité commerciale ou de «l'observateur objectif». Il n'y a pas non plus de fondement pour introduire l'une ou l'autre obligation en tant qu'accessoire juridique d'une catégorie particulière de contrats. Le critère applicable pour introduire un tel terme est également celui de la nécessité et pas simplement celui du caractère raisonnable. On n'a pas fait valoir que, si aucune des obligations de diligence invoquées par l'intimée n'existait sur le plan contractuel, elles pouvaient exister sur le plan délictuel. On n'a pas examiné non plus la question de savoir si, en principe, on pouvait conclure qu'une obligation de diligence sur le plan délictuel pouvait découler d'une relation contractuelle dont cette même obligation avait été exclue par les tribunaux en tant que terme implicite du contrat. Si l'on présume qu'il est soutenable que l'obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable puisse exister sur le plan délictuel, le principe de responsabilité concurrente ou alternative sur les plans contractuel et délictuel confirmé dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*,

the courts as an implied term of a particular class of contract.

Per La Forest J.: Notwithstanding general agreement with the judgment of Le Dain J., the issue of concurrent liability in contract and tort should not be approached by focussing discretely on the banker-customer contract but in the context of the general system or code governing bills of exchange which developed without regard to the distinction between tort and contract. This system requires clear rules of general application; exceptions, based on estoppel, are narrow. To introduce a wider duty today under the rubric of the tort of negligence would effect the same uncertainties as those perceived by earlier authorities.

Parliament, by the *Bills of Exchange Act* and in particular s. 49(1), generally sought to codify the pre-existing law. The word "precluded" in that section cannot be read as authorizing at this late date a wide divergence from the rules for loss allocation that it sought to codify. This does not mean that the law is completely frozen, but it does mean that it cannot be expanded in such a way as to give rise under a new label to a wider duty that is inconsistent with the basic policy choice it sought to codify.

Cases Cited

By Le Dain J.

Considered: *Arrow Transfer Co. v. Royal Bank of Canada*, [1972] S.C.R. 845; *Leather Manufacturers' Bank v. Morgan*, 117 U.S. 96 (1886); *London Joint Stock Bank v. Macmillan*, [1918] A.C. 777; *Greenwood v. Martins Bank, Ltd.*, [1933] A.C. 51, affirming [1932] 1 K.B. 371; *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1986] 1 A.C. 80, reversing [1984] 1 Lloyd's Rep. 555; *Columbia Graphophone Co. v. Union Bank of Canada* (1916), 38 O.L.R. 326; *Ewing v. Dominion Bank*, [1904] A.C. 806, refusing leave to appeal from (1904), 35 S.C.R. 133, affirming (1904), 7 O.L.R. 90; *Freeman v. Cooke* (1848), 2 Ex. 654, 154 E.R. 652; *Young v. Grote* (1827), 4 Bing. 253, 130 E.R. 764; *Arnold v. Cheque Bank* (1876), 1 C.P.D. 578; *Agricultural Savings and Loan Association v. Federal Bank* (1881), 6 O.A.R. 192; *Bank of England v. Vagliano*, [1891] A.C. 107, reversing (1889), 23 Q.B.D.

[1986] 2 R.C.S. 147, ne peut s'étendre à la reconnaissance d'une obligation de diligence sur le plan délictuel lorsque cette même obligation a été rejetée ou exclue par les tribunaux en tant que terme implicite d'une catégorie particulière de contrat.

Le juge La Forest: Nonobstant l'accord général avec les motifs du juge Le Dain, la question de la responsabilité concurrente sur les plans contractuel et délictuel ne devrait pas être abordée en mettant distinctement l'accent sur le contrat entre le banquier et le client, mais dans le contexte du système ou du code général régissant les lettres de change qui a été élaboré sans tenir compte de la distinction entre les questions délictuelles et contractuelles. Ce système exige des règles d'application générale qui sont claires; les exceptions fondées sur une fin de non-recevoir sont limitées. Faire entrer maintenant une obligation de portée plus large sous la rubrique du délit de négligence amènerait les mêmes incertitudes que celles qui ont été mentionnées dans la jurisprudence antérieure.

Le législateur, au moyen de la *Loi sur les lettres de change* et en particulier du par. 49(1), a essentiellement tenté de codifier le droit déjà existant. On ne peut interpréter l'expression «n'est pas admis» comme permettant à cette date tardive une divergence marquée par rapport aux règles de répartition des pertes qu'il essayait de codifier. Cela ne signifie pas que le droit est complètement figé, mais cela signifie qu'il ne peut pas être étendu de façon à donner naissance sous une nouvelle appellation à une obligation de portée plus large qui soit incompatible avec le choix de règles fondamentales qu'il tentait de codifier.

Jurisprudence

8 Citée par le juge Le Dain

Arrêts examinés: *Arrow Transfer Co. c. Banque Royale du Canada*, [1972] R.C.S. 845; *Leather Manufacturers' Bank v. Morgan*, 117 U.S. 96 (1886); *London Joint Stock Bank v. Macmillan*, [1918] A.C. 777; *Greenwood v. Martins Bank, Ltd.*, [1933] A.C. 51, confirmant [1932] 1 K.B. 371; *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1986] 1 A.C. 80, infirmant [1984] 1 Lloyd's Rep. 555; *Columbia Graphophone Co. v. Union Bank of Canada* (1916), 38 O.L.R. 326; *Ewing v. Dominion Bank*, [1904] A.C. 806, refusant l'autorisation de pourvoi contre (1904), 35 R.C.S. 133, confirmant (1904), 7 O.L.R. 90; *Freeman v. Cooke* (1848), 2 Ex. 654, 154 E.R. 652; *Young v. Grote* (1827), 4 Bing. 253, 130 E.R. 764; *Arnold v. Cheque Bank* (1876), 1 C.P.D. 578; *Agricultural Savings and Loan Association v. Federal Bank* (1881), 6 O.A.R. 192; *Bank of England v. Vagliano*, [1891] A.C. 107,

243; *Keptigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India*, [1909] 2 K.B. 1010; *M'Kenzie v. British Linen Co.* (1881), 6 App. Cas. 82; *Ogilvie v. West Australian Mortgage, and Agency Corp.*, [1896] A.C. 257; *Fung Kai Sun v. Chan Fui Hing*, [1951] A.C. 489; *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555; distinguished: *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; referred to: *Bank of Montreal v. The King* (1907), 38 S.C.R. 258; *Bank of Montreal v. Attorney General (Qué.)*, [1979] 1 S.C.R. 565; *Devaynes v. Noble* (generally referred to as *Clayton's Case*) (1816), 1 Mer. 529, 35 E.R. 767; *Glassell Development Co. v. Citizens' National Bank of Los Angeles*, 191 Cal. 375 (1923); *Basch v. Bank of America*, 22 C.2d 316 (1943); *Pacific Coast Cheese, Inc. v. Security First National Bank of Los Angeles*, 286 P.2d 353 (1955); *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 950; *Swan v. North British Australasian Co.* (1863), 2 H. & C. 175, 159 E.R. 73; *Rutherford v. Royal Bank of Canada*, [1932] S.C.R. 131; *Mackenzie v. Imperial Bank of Canada*, [1938] O.W.N. 166; *B. and G. Construction Co. v. Bank of Montreal*, [1954] 2 D.L.R. 753; *Banque Provinciale du Canada v. Syndicat des Camionneurs Artisans du Québec Métropolitain*, [1970] C.A. 425, (1969), 11 D.L.R. (3d) 610; *Bad Boy Appliances and Furniture Ltd. v. Toronto-Dominion Bank* (1972), 25 D.L.R. (3d) 257; *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239, varying [1976] 1 Q.B. 319; *The "Moorcock"* (1889), 14 P.D. 64; *Reigate v. Union Manufacturing Co. (Ramsbottom)*, [1918] 1 K.B. 592; *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206; *Greaves & Co. (Contractors) Ltd. v. Baynham Meikle and Partners*, [1975] 3 All E.R. 99; *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177; *Shell UK Ltd. v. Lostock Garage Ltd.*, [1977] 1 All E.R. 481; *Mears v. Safecar Security Ltd.*, [1982] 2 All E.R. 865; *Harvela Investments Ltd. v. Royal Trust Co. of Canada (CI) Ltd.*, [1985] 1 All E.R. 261; *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock (No. 3)*, [1968] 1 W.L.R. 1555; *Karak Rubber Co. v. Burden (No. 2)*, [1972] 1 W.L.R. 602; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Esso Petroleum Co. v. Marden*, [1976] Q.B. 801; *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs and Kemp*, [1979] Ch. 384; *Hutton v. Warren* (1836), 1 M. & W. 446, 150 E.R. 517; *The "Freiya" v. The "R.S."*, [1922] 1 W.W.R. 409; *Joachimson v. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110; *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 K.B. 461.

By La Forest J.

Referred to: *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 950; *Keptigalla Rubber*

infirmant (1889), 23 Q.B.D. 243; *Keptigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India*, [1909] 2 K.B. 1010; *M'Kenzie v. British Linen Co.* (1881), 6 App. Cas. 82; *Ogilvie v. West Australian Mortgage, and Agency Corp.*, [1896] A.C. 257; *Fung Kai Sun v. Chan Fui Hing*, [1951] A.C. 489; *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555; distinction faite d'avec l'arrêt: *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; arrêts mentionnés: *Bank of Montreal v. The King* (1907), 38 R.C.S. 258; *Banque de Montréal c. Procureur général (Qué.)*, [1979] 1 R.C.S. 565; *Devaynes v. Noble* (généralement appelé l'arrêt Clayton) (1816), 1 Mer. 529, 35 E.R. 767; *Glassell Development Co. v. Citizens' National Bank of Los Angeles*, 191 Cal. 375 (1923); *Basch v. Bank of America*, 22 C.2d 316 (1943); *Pacific Coast Cheese, Inc. v. Security First National Bank of Los Angeles*, 286 P.2d 353 (1955); *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 950; *Swan v. North British Australasian Co.* (1863), 2 H. & C. 175, 159 E.R. 73; *Rutherford v. Royal Bank of Canada*, [1932] R.C.S. 131; *Mackenzie v. Imperial Bank of Canada*, [1938] O.W.N. 166; *B. and G. Construction Co. v. Bank of Montreal*, [1954] 2 D.L.R. 753; *Banque Provinciale du Canada v. Syndicat des Camionneurs Artisans du Québec Métropolitain*, [1970] C.A. 425, (1969), 11 D.L.R. (3d) 610; *Bad Boy Appliances and Furniture Ltd. v. Toronto-Dominion Bank* (1972), 25 D.L.R. (3d) 257; *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239, modifiant [1976] 1 Q.B. 319; *The "Moorcock"* (1889), 14 P.D. 64; *Reigate v. Union Manufacturing Co. (Ramsbottom)*, [1918] 1 K.B. 592; *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206; *Greaves & Co. (Contractors) Ltd. v. Baynham Meikle and Partners*, [1975] 3 All E.R. 99; *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177; *Shell UK Ltd. v. Lostock Garage Ltd.*, [1977] 1 All E.R. 481; *Mears v. Safecar Security Ltd.*, [1982] 2 All E.R. 865; *Harvela Investments Ltd. v. Royal Trust Co. of Canada (CI) Ltd.*, [1985] 1 All E.R. 261; *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock (No. 3)*, [1968] 1 W.L.R. 1555; *Karak Rubber Co. v. Burden (No. 2)*, [1972] 1 W.L.R. 602; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Esso Petroleum Co. v. Marden*, [1976] Q.B. 801; *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs and Kemp*, [1979] Ch. 384; *Hutton v. Warren* (1836), 1 M. & W. 446, 150 E.R. 517; *The "Freiya" v. The "R.S."*, [1922] 1 W.W.R. 409; *Joachimson v. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110; *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 K.B. 461.

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 950; *Keptigalla*

Estates, Ltd. v. National Bank of India, [1909] 2 K.B. 1010.

Statutes and Regulations Cited

Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, s. 49(1).
Uniform Commercial Code, s. 4-406.

Authors Cited

Cheshire, Geoffrey Chevalier, and Cecil H. Stuart Fifoot. *Law of Contract*, 10th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1981.
Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 5th ed. London: Stevens & Sons, 1979.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 139 D.L.R. (3d) 575, dismissing an appeal from a judgment of Montgomery J. (1981), 32 O.R. (2d) 560, 122 D.L.R. (3d) 519, dismissing appellant's action. Appeal allowed.

John P. Bassel, Q.C., and *Robert M. Zarnett*, for the appellant.

John W. Adams, Q.C., and *Ian V. B. Nordheimer*, for the respondent.

The judgment of Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ. was delivered by

LE DAIN J.—The general question raised by this appeal is the extent of the duty of care owed by a customer to a bank in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of the customer's cheques. The particular issue is whether, in the absence of an express agreement (generally referred to as a "verification agreement"), the customer owes a duty to examine bank statements and vouchers with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time. There is also the question whether a "sophisticated commercial customer" owes a duty to its bank to maintain an acceptable system of internal controls, reflecting proper accounting practices and procedures, for the prevention and minimization of loss through forgery.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Ontario Court of Appeal on June 25, 1982 (1982), 139 D.L.R. (3d) 575; dismissing

Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India, [1909] 2 K.B. 1010.

Lois et règlements cités

a *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 49(1).
Uniform Commercial Code, art. 4-406.

Doctrine citée

b Cheshire, Geoffrey Chevalier, and Cecil H. Stuart Fifoot. *Law of Contract*, 10th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1981.
Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 5th ed. London: Stevens & Sons, 1979.

c POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 139 D.L.R. (3d) 575, qui a rejeté un appel contre le jugement du juge Montgomery (1981), 32 O.R. (2d) 560, 122 D.L.R. (3d) 519, qui a rejeté l'action de l'appelante. Pourvoi accueilli.

John P. Bassel, c.r., et *Robert M. Zarnett*, pour l'appelante.

e *John W. Adams, c.r.*, et *Ian V. B. Nordheimer*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain rendu par

f LE JUGE LE DAIN—Ce pourvoi soulève la question générale de l'étendue de l'obligation de diligence d'un client envers une banque en matière de prévention et de détection du faux dans le tirage des chèques du client. La question précise est de savoir si, en l'absence d'une entente expresse (généralement appelée «accord de vérification»), le client est tenu d'examiner avec un soin raisonnable les relevés bancaires et les pièces justificatives et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable. Il y a en outre la question de savoir si un [TRADUCTION] «client commercial averti» est tenu vis-à-vis de sa banque de maintenir un système acceptable de contrôles internes qui soit conforme aux bonnes pratiques et méthodes comptables, afin de prévenir et de minimiser les pertes imputables aux faux.

j Le pourvoi, autorisé par cette Cour, attaque un arrêt rendu le 25 juin 1982 par la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 139 D.L.R. (3d) 575, rejetant un

an appeal from the judgment of Montgomery J. in the Supreme Court of Ontario on May 11, 1981 (1981), 122 D.L.R. (3d) 519, which dismissed the appellant's action against the respondent bank for \$219,644.92, being the total amount debited to the appellant's account for the payment of twenty-three cheques bearing the forged signatures of signing officers, on the ground that the appellant was precluded by negligence from setting up the forgeries against the bank.

I

The cheques in issue were drawn during the period April 1976 to July 1977 inclusive on the chequing account, at the respondent Bank of Montreal ("the Bank"), of the operating unit or division of the appellant Canadian Pacific Hotels Limited ("CP Hotels"), at the Toronto International Airport, known as the Chateau Flight Kitchen (sometimes referred to as the "Malton Flight Kitchen" and hereinafter referred to as the "Flight Kitchen"). The banking operations of CP Hotels, including those of the Flight Kitchen, were part of the over-all banking arrangements made with the Bank by Canadian Pacific Limited ("CP") for itself and its subsidiary and associated companies. CP operated a centralized banking arrangement known as Treasury under which the Flight Kitchen maintained separate deposit and disbursement accounts with the Bank and a Treasury account with CP. Deposits were transferred on a daily basis to the Treasury account, and an amount was transferred daily from the Treasury account to the disbursement account to restore the balance in that account to zero. Disbursements by the Flight Kitchen to other participants under the Treasury banking arrangement were made by intercompany payment orders (ICPO's), which were non-negotiable cheques drawn on the Treasury account. The Bank submitted a daily bank statement with vouchers to the Flight Kitchen. The CP Hotels procedure manual required the accountant of the Flight Kitchen to prepare monthly bank reconciliations with a list of outstanding cheques and to forward them to the assistant accountant of the head office of CP Hotels.

appel d'une décision du 11 mai 1981 rendu par le juge Montgomery de la Cour suprême de l'Ontario (1981), 122 D.L.R. (3d) 519, qui avait rejeté, pour le motif que la négligence de l'appelante l'empêchait d'opposer les faux à la banque intimée, l'action visant à obtenir de cette dernière la somme de 219 644,92 \$, soit le montant total dont le compte de l'appelante avait été débité pour le paiement de vingt-trois chèques portant les signatures contrefaites des signataires autorisés.

I

Les chèques en cause ont été tirés au cours de la période d'avril 1976 à juillet 1977 inclusivement sur le compte de chèques qu'avait à la Banque de Montréal («la Banque»), intimée en l'espèce, la division de l'appelante, Société hôtelière Canadien Pacifique Limitée («CP Hôtels»), qui se trouve à l'aéroport international de Toronto, division connue sous le nom de Chateau Flight Kitchen (mais appelée parfois «Malton Flight Kitchen» et appelée ci-après «Flight Kitchen»). Les opérations bancaires de CP Hôtels, y compris celles de Flight Kitchen, faisaient partie des arrangements bancaires généraux conclus avec la Banque par Canadien Pacifique Limitée («CP») pour elle-même, pour ses filiales et pour ses sociétés affiliées. CP possédait un système bancaire centralisé dit [TRADUCTION] «trésorerie» dans lequel Flight Kitchen avait des comptes distincts de dépôts et de décaissement à la Banque ainsi qu'un compte de trésorerie chez CP. Les dépôts étaient virés quotidiennement au compte de trésorerie et on transférait chaque jour du compte de trésorerie au compte de décaissement une somme destinée à ramener à zéro le solde de ce compte-là. Les virements de Flight Kitchen à d'autres participants au système bancaire de trésorerie s'effectuaient au moyen de mandats de paiement entre sociétés (MPES), qui étaient des chèques non négociables tirés sur le compte de trésorerie. La Banque remettait à Flight Kitchen un relevé bancaire quotidien avec pièces justificatives. Le manuel d'instructions de CP Hôtels exigeait que le comptable de Flight Kitchen établisse des conciliations bancaires mensuelles avec une liste des chèques en circulation et qu'il les fasse parvenir au comptable adjoint au siège social de CP Hôtels.

During the relevant period the staff of the Flight Kitchen concerned with banking and accounting matters consisted of the manager, Donald Saunders; the accountant, Robert Hird, who left in January 1977; the assistant accountant, Morris Sands (also known and referred to by the trial judge as "Morris Sigulim"), who assumed the position of accountant some two months after the departure of Hird; the disbursement clerk, W. Uddin; and the purchasing agent, the payroll clerk and the general clerk, whose functions and responsibilities, unlike those of the others, were not the subject of comment by the trial judge. During the relevant period the cheques of the Flight Kitchen required the signature of two signing officers: that of the manager, Saunders, and that of the accountant, Hird, and later that of Sands. As the accountant, Hird was responsible for the bank reconciliations based on the daily bank statements and the disbursement records, including the cancelled cheques, but he delegated that function to the assistant accountant, Sands. Uddin was responsible for keeping the disbursement records, including the cancelled cheques. Hird received a summary statement of the monthly bank reconciliation from Sands, generally without a list of the outstanding cheques. He did not otherwise check the work of Sands in the preparation of the bank reconciliation. He did not examine the daily bank statements or the cancelled cheques, nor did he check the work of Uddin.

During the relevant period the defendant Sands forged the signature of Saunders on all twenty-three, and the signature of Hird on nineteen, of the cheques for which the claim is made. He made the cheques payable to the defendant companies, Dundas Discounts Limited and Sig-Mor Sales Limited, which were controlled by him. The forgeries were not discovered until August, 1977. CP Hotels gave the Bank notice of them on August 25, 1977.

The daily bank statement sent to the Flight Kitchen contained the following statement: "Please check this statement promptly. Any errors, irregularities, or omissions found therein should be reported within 30 days of delivery or mailing,

Au cours de la période en cause, le personnel de Flight Kitchen qui s'occupait des affaires bancaires et comptables se composait du gérant, Donald Saunders, du comptable, Robert Hird, qui est parti en janvier 1977, du comptable adjoint, Morris Sands (alias «Morris Sigulim» et ainsi appelé par le juge de première instance), qui a assumé le poste de comptable environ deux mois après le départ de Hird, de l'agent payeur, W. Uddin, et de l'acheteur, du commis à la paye et du commis général, dont les fonctions et les responsabilités, à la différence de celles des autres, n'ont fait l'objet d'aucune observation de la part du juge de première instance. Pendant la période en cause, les chèques de Flight Kitchen devaient porter la signature de deux signataires autorisés, savoir: celle du gérant, Saunders, et celle du comptable, d'abord Hird, puis Sands. En sa qualité de comptable, Hird avait pour fonction d'établir les conciliations bancaires à partir des relevés bancaires quotidiens et des états des débours, y compris les chèques payés, mais il a délégué cette tâche au comptable adjoint, Sands. C'est Uddin qui avait la charge de conserver les états des débours et les chèques payés. Hird recevait de Sands un état récapitulatif de la conciliation bancaire mensuelle, généralement sans liste des chèques en circulation. Il ne vérifiait pas par ailleurs le travail accompli par Sands en dressant la conciliation bancaire. Il n'examinait ni les relevés bancaires quotidiens ni les chèques payés et ne contrôlait pas non plus le travail d'Uddin.

Au cours de cette période, le défendeur Sands a contrefait la signature de Saunders sur les vingt-trois chèques faisant l'objet de la réclamation et celle de Hird sur dix-neuf. Les bénéficiaires des chèques étaient les sociétés défenderesses Dundas Discounts Limited et Sig-Mor Sales Limited dont Sands avait le contrôle. Les faux n'ont été découverts qu'en août 1977. CP Hôtels en a donné avis à la Banque le 25 août 1977.

Le relevé bancaire quotidien envoyé à Flight Kitchen portait la mention suivante: [TRADUCTION] «Prière de vérifier ce relevé sans délai. Toute erreur, irrégularité ou omission doit être signalée dans les trente jours de la livraison ou de

otherwise it will be considered correct." CP was not required by the Bank to sign a verification agreement obliging it and its subsidiary and associated companies to verify bank statements and report discrepancies within a specified period of time. Neither the general agreement between CP and the Bank respecting the Bank's remuneration nor the "Operation of Account Agreement" contained any reference to the verification of bank statements.

The action of CP Hotels against the Bank for recovery of the amount of \$219,644.92 is framed as one for conversion and alternatively for money had and received and alleges breach of contract and negligence by the Bank in honouring the forged cheques. In its defence the Bank alleges that CP Hotels is "estopped or otherwise denied" from recovering the amounts debited in respect of the forged cheques by the breach of a duty, arising out of the banker and customer relationship, to check its bank statements and vouchers on at least a monthly basis, with a bank reconciliation for such purpose, and to notify the Bank immediately of any errors. The Bank also sets up in relation to this alleged duty the defence of a stated or settled account. The Bank further alleges the breach by CP Hotels of a duty to take reasonable precautions to prevent fraud by its employees in relation to dealings with the Bank by the maintenance of adequate supervision and internal accounting controls and also invokes the responsibility of a principal for the fraud of an agent acting within the scope of his actual or apparent authority.

Both CP Hotels and the Bank rely on s. 49(1) of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1970, c. B-5, which provides:

49. (1) Subject to this Act, where a signature on a bill is forged, or placed thereon without the authority of the person whose signature it purports to be, the forged or unauthorized signature is wholly inoperative, and no right to retain the bill or to give a discharge therefor or to enforce payment thereof against any party thereto can be acquired through or under that signature, unless the party against whom it is sought to retain or enforce

la mise à la poste, sinon le relevé sera considéré comme exact.» La Banque n'a pas exigé de CP qu'elle signe un accord de vérification l'obligeant ainsi que ses filiales et ses sociétés affiliées à vérifier les relevés bancaires et à signaler les irrégularités dans un délai déterminé. Ni l'entente générale entre CP et la Banque portant sur la rémunération de celle-ci ni [TRADUCTION] «l'entente sur l'administration du compte» ne parlait de la vérification des relevés bancaires.

L'action en recouvrement de la somme de 219 644,92 \$ que CP Hôtels a intentée contre la Banque revêt la forme d'une action pour appropriation illicite et, subsidiairement, en répétition de l'indu et allègue une rupture de contrat et la négligence de la Banque qui a honoré des chèques contrefaits. Dans sa défense, la Banque allègue que CP Hôtels est [TRADUCTION] «empêchée ou autrement privée» de recouvrer les montants débités relativement aux chèques contrefaits à cause d'un manquement à l'obligation, découlant de la relation entre le banquier et le client, de vérifier ses relevés bancaires et pièces justificatives au moins mensuellement avec une conciliation bancaire établie à cette fin et d'aviser immédiatement la Banque de toute irrégularité. La Banque invoque également à l'égard de cette obligation alléguée la défense que constitue un compte apuré. La Banque allègue en outre que CP Hôtels a manqué à son obligation de prendre des précautions raisonnables pour empêcher la fraude de ses employés dans leur rapport avec la Banque en assurant une supervision et des contrôles comptables internes adéquats; elle invoque aussi la responsabilité du mandant pour la fraude d'un mandataire qui agit dans le cadre de son pouvoir réel ou apparent.

Et CP Hôtels et la Banque invoquent le par. 49(1) de la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, chap. B-5, dont voici le texte:

49. (1) Sous réserve de la présente loi, lorsqu'une signature sur une lettre de change est contrefaite où y est apposée sans l'autorisation de la personne dont elle paraît être la signature, la signature contrefaite ou non autorisée n'a aucun effet, et aucun droit de garder la lettre, d'en donner libération ou d'en exiger le paiement de qui que ce soit qui y est devenu partie, ne peut être acquis à cause ou en vertu de cette signature, sauf si

payment of the bill is precluded from setting up the forgery or want of authority.

CP Hotels relies on s. 49(1) for the rule that a forged signature is wholly inoperative and thus the Bank had no authority to pay the cheques and debit CP Hotels for the amount of them. Both the Bank and CP Hotels rely on s. 49(1) for the extent to which the general rule respecting the effect of a forged signature has been qualified by the words "unless the party against whom it is sought to retain or enforce payment of the bill is precluded from setting up the forgery or want of authority." Thus the issue in the case is whether CP Hotels is precluded, within the meaning of s. 49(1), from setting up the forgeries against the Bank.

Despite the absence of a verification agreement, Montgomery J. in the Supreme Court of Ontario held that CP Hotels owed a duty to the Bank to examine its bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time. He also held that a "sophisticated commercial customer", such as CP Hotels, owed a duty to its bank to maintain an acceptable system of internal controls for the prevention and minimization of loss through forgery. Such controls included a division or segregation of duties and supervision and verification of the work of those responsible for the bank reconciliation and the records on which it must be based. The trial judge found that CP Hotels was in breach of both duties and that its negligence was the cause of the loss resulting from the forgeries. In particular, he found that the accountant, Robert Hird, had been negligent in delegating the bank reconciliation to Sands and not supervising or checking his work and that of the disbursement clerk, Uddin. He also found a lack of supervision by the manager of the Flight Kitchen and by the head office of CP Hotels, particularly after Sands had assumed the duties of accountant. The trial judge found that it was the lack of supervision and other internal controls that permitted Sands to conceal the forgeries for as long as he did by manipulation of the bank reconciliation and the accounting records on

celui de qui l'on veut détenir la lettre ou en exiger le paiement n'est pas admis à établir le faux ou l'absence d'autorisation.

a CP Hôtels s'appuie sur le par. 49(1) parce qu'il établit la règle qu'une signature contrefaite est sans effet et donc la Banque n'était donc pas autorisée à payer les chèques ni à débiter le compte de CP Hôtels du montant correspondant.
b La Banque et CP Hôtels invoquent toutes deux le par. 49(1) dans la mesure où la règle générale relative à l'effet d'une signature contrefaite est tempérée par les termes «sauf si celui de qui l'on veut détenir la lettre ou en exiger le paiement n'est pas admis à établir le faux ou l'absence d'autorisation». Donc la question en litige en l'espèce est de savoir si CP Hôtels n'est pas admise, au sens du par. 49(1), à établir le faux à l'encontre de la Banque.

Malgré l'absence d'un accord de vérification, le juge Montgomery a conclu que CP Hôtels avait une obligation envers la Banque d'examiner ses relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable. Il a estimé aussi qu'un «client commercial averti» comme CP Hôtels est tenu envers sa banque de maintenir un système acceptable de contrôles internes destinés à prévenir et à minimiser les pertes imputables au faux. Ces contrôles comprennent une division ou répartition des fonctions ainsi que la surveillance et la vérification du travail de ceux qui s'occupent de la conciliation bancaire et des états sur lesquels celle-ci doit être fondée. Selon le juge de première instance, CP Hôtels a manqué à l'une et l'autre obligations et sa négligence est la cause de la perte résultant des faux. En particulier, il a conclu que le comptable, Robert Hird, avait fait preuve de négligence en déléguant à Sands l'établissement de la conciliation bancaire et en ne surveillant ni ne contrôlant aucunement le travail de Sands ou celui de l'agent payeur, Uddin. Il a conclu en outre à un manque de surveillance de la part du gérant de Flight Kitchen et de la part du siège social de CP Hôtels, notamment après que Sands eut assumé les fonctions de comptable. Le juge de première instance a estimé que c'est grâce à cette absence de surveillance et d'autres contrôles internes que

which it was based, and that but for the negligence of CP Hotels the irregularities would have been discovered as early as April 1976. The trial judge also found that the Bank, which employed verification clerks to verify the signatures of customers, had not been negligent. He held that CP Hotels was precluded by its negligence from setting up the forgeries against the Bank, and he accordingly dismissed its action.

A majority of the Ontario Court of Appeal (Jessup and Houlden J.J.A.) dismissed the appeal from this judgment for the reasons of Montgomery J. Lacourcière J.A., dissenting, was of the view that it was not open to the trial judge, on the existing authorities and in the absence of a verification agreement, to base a dismissal of the action of CP Hotels on the breach of a duty to examine bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time. While intimating that the imposition of such a duty might be desirable, he held that it could only be properly imposed by an amendment to s. 49 of the *Bills of Exchange Act* or by a judgment of this Court departing from "its traditional interpretation of s. 49". I quote his brief dissenting reasons in full because they serve to indicate the general focus of the issue in the appeal:

In my opinion the learned trial judge was not free to dismiss the appellant's action on the basis of its failure to examine the bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time. In the absence of a verification agreement, no such duty has ever been fastened upon bank customers in Canada. If this is to be done, as I think perhaps it should, it is for Parliament to modify s. 49 of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1970, c. B-5, along the lines of the United States *Uniform Commercial Code*, the relevant provisions of which are quoted in *Arrow Transfer Co. Ltd. v. Royal Bank of Canada et al.*, [1972] S.C.R. 845, 27 D.L.R. (3d) 81, [1972] 4 W.W.R. 70. Alternatively, it is open to the Supreme Court of Canada to depart from its

Sands a pu dissimuler les faux aussi longtemps en falsifiant la conciliation bancaire et les pièces comptables sur lesquelles elle était fondée et que, n'eût été la négligence de CP Hôtels, les irrégularités auraient été découvertes dès le mois d'avril 1976. De plus, le juge du procès est arrivé à la conclusion que la Banque, qui employait des commis à la vérification chargés de vérifier les signatures des clients, n'avait pas été négligente. À son avis, CP Hôtels n'était pas admise vu sa négligence, à établir les faux à l'encontre de la Banque et il a en conséquence rejeté l'action.

La Cour d'appel de l'Ontario à la majorité, composée des juges Jessup et Houlden, adoptant les motifs du juge Montgomery, a rejeté l'appel interjeté du jugement de ce dernier. Le juge Lacourcière, dissident, a exprimé l'avis que, compte tenu de la jurisprudence existante et en l'absence d'un accord de vérification, le juge de première instance ne pouvait fonder le rejet de l'action de CP Hôtels sur le manquement à une obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable. Bien qu'il ait laissé entendre qu'il puisse être souhaitable d'imposer une telle obligation, il a conclu que cela ne pouvait légitimement se faire que par voie de modification de l'art. 49 de la *Loi sur les lettres de change* ou par un arrêt de cette Cour dans lequel elle abandonnerait [TRADUCTION] «son interprétation traditionnelle de l'art. 49». Je reproduis intégralement les brefs motifs de dissidence du juge Lacourcière parce qu'ils font ressortir la portée générale de la question soulevée par le pourvoi:

[TRADUCTION] À mon avis, le savant juge de première instance n'était pas libre de rejeter l'action de l'appelante en raison de son omission d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable. À défaut d'un accord de vérification, aucune obligation de ce genre n'a jamais été imposée aux clients d'une banque au Canada. Si on leur impose une telle obligation, et je crois qu'il y a peut-être lieu de le faire, il faut que le Parlement modifie l'art. 49 de la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, chap. B-5, en s'inspirant de l'*Uniform Commercial Code* des États-Unis, dont les dispositions pertinentes sont citées dans l'arrêt *Arrow Transfer Co. Ltd. c. Banque Royale du Canada et autres*, [1972]

traditional interpretation of s. 49. Only in that way will the desirable uniformity be achieved. Unless that is done, a bank which debits a customer's account in respect of forged cheques as the respondent bank did in the present case is liable to the customer in the absence of a suitable verification agreement or other circumstances creating a true estoppel: see *Arrow Transfer, supra*, at p. 851 S.C.R., p. 84 D.L.R. In my view, the doctrine of *stare decisis* was departed from by the learned trial judge, albeit in a progressive and well-reasoned judgment.

II

As suggested by the reasons of Montgomery J. and the dissenting reasons of Lacourcière J.A., the issue in the appeal turns initially on the view which one takes of the judgment of the majority of this Court, delivered by Martland J., and the separate reasons, concurring in the result, of Laskin J. (as he then was) in *Arrow Transfer Co. v. Royal Bank of Canada*, [1972] S.C.R. 845. In that case the majority of the Court held that the customer was precluded by a verification agreement from recovering the amount debited to its account by the bank pursuant to the payment of cheques on which the customer's signature had been forged. In the course of his judgment for the majority, Martland J. said at p. 851 (the statement to which Lacourcière J.A. was presumably referring): "In the absence of the verification agreement, a bank which debited a customer's account in respect of a forged cheque would be liable to him." Laskin J. was of the view that the verification agreement did not apply to the forged drawing of a cheque, but he found that the customer was precluded by negligence from recovering against the bank. After concluding that the verification agreement did not provide the bank with a defence, Laskin J. said at p. 870: "Is then the Royal Bank's only defence to the claim of the appellant that the latter is (to refer to what is stated in s. 49(1) of the *Bills of Exchange Act*) precluded from setting up any or all of the forgeries?" After referring to the American law, as reflected in the judgment of the United States Supreme Court in *Leather Manufacturers' Bank v. Morgan*, 117 U.S. 96 (1886), and in

R.C.S. 845, 27 D.L.R. (3d) 81, [1972] 4 W.W.R. 70. Une autre possibilité est que la Cour suprême du Canada abandonne son interprétation traditionnelle de l'art. 49. Ce n'est qu'ainsi qu'on atteindra l'uniformité souhaitable. Sans cela, une banque qui débite le compte d'un client du montant d'un chèque contrefait, comme l'a fait la banque intimée en l'espèce, est responsable envers le client, à moins qu'il n'y ait un accord de vérification approprié ou d'autres circonstances donnant lieu à une véritable fin de non-recevoir: voir l'arrêt *Arrow Transfer*, précité, à la p. 851 R.C.S., à la p. 84 D.L.R. À mon avis, le savant juge de première instance s'est écarté du principe du *stare decisis*, quoique son jugement soit à la fois progressif et bien motivé.

II

Comme l'indiquent les motifs du juge Montgomery et de l'opinion dissidente du juge Lacourcière, la question en litige en l'espèce dépend au départ de l'interprétation que l'on donne aux motifs de la majorité de cette Cour, rendus par le juge Martland, et des motifs distincts du juge Laskin (alors juge puîné) qui a souscrit au résultat dans l'arrêt *Arrow Transfer Co. c. Banque Royale du Canada*, [1972] R.C.S. 845. Dans cette affaire, la majorité de la Cour a conclu que l'accord de vérification empêchait le client de recouvrer le montant débité de son compte par la banque en paiement de chèques sur lesquels la signature du client avait été contrefaite. Dans son jugement rédigé au nom de la majorité, le juge Martland dit à la p. 851 (le passage auquel le juge Lacourcière doit se référer): «En l'absence d'un accord de vérification, la banque qui porterait le montant d'un faux chèque au débit du compte d'un client serait responsable envers ce dernier.» Le juge Laskin a estimé que l'accord de vérification ne s'appliquait pas au tirage contrefait d'un chèque, mais il a conclu que la négligence imputable au client l'empêchait de poursuivre la banque. Après avoir conclu que la banque ne pouvait pas opposer l'accord de vérification en défense, le juge Laskin a dit à la p. 870: «La Banque Royale a-t-elle donc pour unique défense à la réclamation de l'appellante que cette dernière (d'après ce qui est énoncé à l'art. 49(1) de la *Loi sur les lettres de change*) n'est pas admise à établir quelque faux que ce soit ou tous les faux?» Après avoir parlé du droit américain qui ressort de l'arrêt de la Cour suprême

§ 4-406 of the *Uniform Commercial Code* (to which Lacourcière J.A. referred), Laskin J. said at p. 873: "I do not think it is too late to fasten upon bank customers in this country a duty to examine bank statements with reasonable care and to report account discrepancies within a reasonable time." In the result, Laskin J. held that the customer was precluded by the breach of a wider duty of care, comparable to the wider duty found by Montgomery J., from recovering against the Bank. It was contended by counsel for CP Hotels, as was apparently assumed by Lacourcière J.A., on the basis of the statement quoted above from the judgment of Martland J., that the majority judgment of this Court in *Arrow Transfer* decided, in effect, that a customer could not, in the absence of a verification agreement, be precluded from recovering against a bank by the breach of a duty to examine bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time. For the reasons indicated more fully in the later discussion of *Arrow Transfer*, I am of the respectful opinion that this was not the case, and that having based its conclusion on the verification agreement the majority did not purport to address the question raised by Laskin J., which is the issue in the present appeal.

While we are not, in my opinion, prevented by the opinion of the majority in *Arrow Transfer* from adopting the view expressed by Laskin J. in that case, as Montgomery J. did, that result would undoubtedly represent a departure in the law respecting the duties owed by a customer to a bank in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of his cheques, in the absence of a verification agreement. It would involve the recognition of a duty of care extending beyond those that have been recognized by judicial authority in England, as reflected in *London Joint Stock Bank v. Macmillan*, [1918] A.C. 777 (H.L.), *Greenwood v. Martins Bank, Ltd.*, [1933] A.C. 51 (H.L.), and most recently, *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1986] 1 A.C. 80 (P.C.) These are the duty of a customer to use reasonable care to draw his cheques in such a

des États-Unis *Leather Manufacturers' Bank v. Morgan*, 117 U.S. 96 (1886) et de § 4-406 de l'*Uniform Commercial Code* (dont le juge Lacourcière parle), le juge Laskin dit à la p. 873: «Je ne crois pas qu'il soit trop tard pour imposer aux clients des banques, dans notre pays, l'obligation d'examiner avec une diligence raisonnable les états bancaires et de signaler dans un délai raisonnable les irrégularités qui y figurent.» En définitive, le juge Laskin a conclu que le client était empêché par le manquement à une obligation de diligence large, comparable à l'obligation large établie par le juge Montgomery, de poursuivre la Banque. L'avocat de CP Hôtels, comme l'a apparemment présumé le juge Lacourcière, a prétendu en se fondant sur l'extrait précité du jugement du juge Martland, que, dans l'affaire *Arrow Transfer*, le jugement de la majorité en cette Cour a en fait décidé qu'un client ne pouvait pas, en l'absence d'un accord de vérification, être empêché de poursuivre la banque par le manquement à une obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable. Pour les motifs développés plus loin dans la discussion de l'arrêt *Arrow Transfer*, je suis humblement d'avis que ce n'était pas le cas et qu'ayant fondé sa conclusion sur l'accord de vérification, la majorité n'a pas examiné la question soulevée par le juge Laskin et qui est précisément en cause dans le présent pourvoi.

Bien qu'à mon avis l'opinion de la majorité dans l'affaire *Arrow Transfer* ne nous empêche pas d'adopter le point de vue exprimé par le juge Laskin, comme l'a fait le juge Montgomery, ce résultat représentait indubitablement une modification du droit relatif aux obligations du client envers sa banque en matière de prévention et de détection du faux dans le tirage de ses chèques en l'absence d'un accord de vérification. Il entraînait une reconnaissance d'une obligation de diligence qui dépasse les obligations reconnues par la jurisprudence anglaise représentée par les arrêts *London Joint Stock Bank v. Macmillan*, [1918] A.C. 777 (H.L.); *Greenwood v. Martins Bank, Ltd.*, [1933] A.C. 51 (H.L.), et l'exemple le plus récent, *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1986] 1 A.C. 80 (P.C.) Il s'agit de l'obligation d'un client d'user de diligence raison-

manner as not to facilitate forgery or material alteration of them, and the duty, upon learning of forgery, to give the bank prompt notification of it. At least until the opinion of Laskin J. in *Arrow Transfer*, these duties were accepted in Canadian law as indicating the limits, in the absence of a verification agreement, of the customer's duties in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of his cheques. See *Columbia Graphophone Co. v. Union Bank of Canada* (1916), 38 O.L.R. 326 (H.C.) Montgomery J. acknowledged that he was breaking new ground. Referring to the decisions of this Court in *Ewing v. Dominion Bank* (1904), 35 S.C.R. 133, *Bank of Montreal v. The King* (1907), 38 S.C.R. 258 and *Arrow Transfer*, and the decision of the Ontario High Court in *Columbia Graphophone, supra*, Montgomery J. said at p. 528:

There is no explicit statement that the customer will be estopped by reason of his own negligence in failing to adequately examine the bank statements or in failing to adequately supervise the fraudulent clerk.

It is to this last point that counsel for the defence addressed a most reasoned and persuasive argument. Can it reasonably be said that principles of law enunciated at the beginning of the century must remain unchanged in the context of the present-day relationship between an extremely sophisticated commercial customer and his bank?

Counsel for the Bank also conceded in argument that the Court was being invited to extend the customer's duty of care. Referring to the two duties of a customer clearly established by the existing authority, which counsel described as a duty "not to draw a cheque in a manner which might facilitate alteration" and a duty "promptly to report the forgery of his signature on a cheque when he becomes aware of it", counsel for the Bank stated in their factum: "Given these duties, it is but a short and logical step to suggest that a customer who receives a periodic statement of his account (daily in the case of the Appellant) and, more importantly, the original vouchers, should be required to look at them and report discrepancies." Counsel also referred to the trial judge's "extension of the customer's duty of care." Counsel for the Bank did argue an estoppel by silence on the

nable en tirant ses chèques, de manière à ne pas faciliter leur contrefaçon ou leur falsification ainsi que l'obligation, dès qu'il se rend compte du faux, d'en avertir immédiatement la banque. Antérieurement à l'opinion du juge Laskin dans l'affaire *Arrow Transfer* du moins, il était accepté en droit canadien que c'étaient là les limites, en l'absence d'un accord de vérification, des obligations du client en matière de prévention et de détection du faux dans le tirage de ses chèques. Voir l'arrêt *Columbia Graphophone Co. v. Union Bank of Canada* (1916), 38 O.L.R. 326 (H.C.) Le juge Montgomery a reconnu qu'il innovait. Parlant des arrêts de cette Cour *Ewing v. Dominion Bank* (1904), 35 R.C.S. 133; *Bank of Montreal v. The King* (1907), 38 R.C.S. 258, et *Arrow Transfer* et de la décision de la Haute Cour de l'Ontario dans l'affaire *Columbia Graphophone*, précitée, le juge Montgomery a dit à la p. 528:

[TRADUCTION] Il n'y a pas d'énoncé explicite qu'un client ne pourra pas poursuivre parce que, à cause de sa propre négligence, il n'a pas adéquatement examiné les relevés bancaires ou surveillé un commis fraudeur.

C'est sur ce dernier point que l'avocat de la défense a plaidé de la façon la mieux motivée et convaincante. Peut-on raisonnablement dire que les principes juridiques énoncés au début du siècle doivent rester intacts dans le contexte des relations actuelles entre un client commercial des plus avisés et sa banque?

Les avocats de la Banque ont aussi admis au cours des plaidoiries qu'on invitait la Cour à étendre l'obligation de diligence du client. Parlant des deux obligations d'un client établies clairement par la jurisprudence existante et que les avocats ont respectivement décrite comme l'obligation [TRADUCTION] «de ne pas tirer de chèque de manière à faciliter les faux» et celle de [TRADUCTION] «signaler promptement la signature contrefaite sur un chèque dès qu'il s'en aperçoit», les avocats de la Banque ont déclaré dans leur mémoire: [TRADUCTION] «Vu ces obligations, il n'y a qu'un petit pas, d'ailleurs logique, de là à dire qu'un client qui reçoit périodiquement un relevé de compte (quotidiennement dans le cas de l'appelante) et, qui plus est, les pièces justificatives originales, soit tenu de les examiner et de signaler les irrégularités». Les avocats ont également parlé de [TRADUCTION]

basis of what would amount to imputed knowledge of forgery but this also would appear to involve finding a duty to examine bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time.

The breach of such a contractual duty, if it existed, would in my opinion clearly fall within the meaning of "precluded" in s. 49(1), assuming of course that it could be shown to have caused prejudice or detriment, because it could be properly characterized (as it was in *Leather Manufacturers' Bank*) as resulting in that species of estoppel by representation often referred to as estoppel by conduct or estoppel by negligence. I am therefore of the view that it is necessary to determine whether such a duty exists. I do not find it necessary or desirable for purposes of the present appeal to express a view as to the extent to which a party may be precluded by negligence under s. 49(1) from setting up a forgery. I am satisfied that whatever be the proper scope and meaning to be assigned to the word "precluded" in s. 49(1) it cannot be construed as freezing the kinds of duties, the breach of which may be properly characterized as resulting in an estoppel by representation.

The issue, as I see it, is whether, apart from the question of policy, on which opinions obviously differ, there is a sound basis in law for such a duty. Laskin J. did not address this issue in *Arrow Transfer*, nor did Montgomery J. explore it in any depth in the present case. It was, however, fully canvassed in relation to a wider duty of care in the judgments of the Hong Kong Court of Appeal and the Judicial Committee of the Privy Council in *Tai Hing*. The consideration of this issue requires a review of the existing authorities with respect to a customer's duty of care to a bank in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of his cheques.

«élargissement de l'obligation de diligence du client» effectué par le juge de première instance. Les avocats de la Banque ont effectivement plaidé une fin de non-recevoir par défaut fondée sur ce
 a qui constituerait une connaissance imputée du faux, mais cela impliquerait aussi de conclure à l'existence d'une obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable.

b Le manquement à cette obligation contractuelle, s'il existait, relèverait clairement à mon avis du sens de l'expression «n'est pas admis» au par. 49(1), si l'on présume évidemment qu'on puisse
 c démontrer un préjudice, car on pourrait à bon droit considérer (comme dans l'affaire *Leather Manufacturers' Bank*) qu'il entraîne ce genre de fin de non-recevoir fondée sur une déclaration,
 d souvent appelée fin de non-recevoir fondée sur la conduite ou la négligence. Je suis donc d'avis qu'il faut déterminer si cette obligation existe. Je n'estime ni nécessaire ni souhaitable aux fins de ce pourvoi d'exprimer une opinion sur la question de savoir dans quelle mesure une partie peut être
 e empêchée, à cause de la négligence, d'établir le faux aux termes du par. 49(1). Je suis convaincu que quels que soient la portée et le sens corrects à donner à l'expression «n'est pas admis» au par.
 f 49(1), on ne peut l'interpréter comme figeant les types d'obligation dont la violation peut à bon droit entraîner une fin de nonrecevoir fondée sur une déclaration.

g La question, à mon sens, est de savoir si, indépendamment de la question de politique générale sur laquelle les opinions manifestement diffèrent, il existe un fondement solide en droit pour appuyer
 h une telle obligation. Le juge Laskin ne s'est pas penché ce point dans l'affaire *Arrow Transfer* et le juge Montgomery ne l'a pas approfondie en l'espèce. Elle a toutefois fait l'objet d'une analyse complète par rapport à une obligation de diligence
 i large dans les arrêts de la Cour d'appel de Hong Kong et du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Tai Hing*. L'examen de cette question exige une revue de la jurisprudence existante
 j sur l'obligation de diligence d'un client envers une banque en matière de prévention et de détection du faux dans le tirage de ses chèques.

Before undertaking this review something should perhaps be said about the apparent scope, relationship and basis of the two duties affirmed by Montgomery J.: the duty, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time, and the duty to maintain an acceptable system of internal controls for the prevention and minimization of loss through forgery. It would appear that Montgomery J. regarded both of these duties as applicable to the "sophisticated" customer, and that he found the basis for them in "commercial custom" adopted as an implied term of the contract between banker and customer. He began his reasons for judgment with the following question at p. 520: "What is the duty a sophisticated customer owes to its banker?" After referring to what was said by Pratte J. in *Bank of Montreal v. Attorney General (Que.)*, [1979] 1 S.C.R. 565 at pp. 569-70, concerning the role of commercial custom in the banker and customer relationship, and quoting at length from the opinion of Laskin J. in *Arrow Transfer*, Montgomery J. said at p. 532:

In my view the majority judgment in *Bank of Montreal v. A.-G. Que.*, *supra*, by referring to "commercial custom" permits me to imply the type of duty contemplated by Laskin J. in *Arrow Transfer*, *supra*, to the banking relationship between CP and the bank, quite apart from their express banking agreement. I cannot see that a large sophisticated bank customer who receives daily statements of account from its bank, whose daily bank transactions amount to many thousands of dollars, can be absolved of responsibility for checking the accuracy of those statements in respect of cheques bearing forged signatures. If the bank is to be held liable to its customer for honouring cheques bearing forged signatures surely it must be considered a part of commercial custom that the customer take steps to identify forgeries and prevent their recurrence as part of normal business practice. The Price Waterhouse report indicated unequivocally that had CP Hotels followed proper accounting practices and procedures, Sigulim would not have been able to succeed in his scheme. Such practices and procedures necessarily include proper bank reconciliations.

Avant d'entreprendre cet examen, il convient peut-être de dire un mot sur l'étendue, la relation et le fondement apparents des deux obligations mentionnées par le juge Montgomery, savoir: a l'obligation, en l'absence d'un accord de vérification, d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable, ainsi que l'obligation de b maintenir un système acceptable de contrôles internes afin de prévenir et de minimiser les pertes imputables aux faux. Le juge Montgomery paraît avoir considéré ces deux obligations comme applicables aux clients «avertis» et, selon lui, elles se c dégagent de «l'usage du commerce» adopté comme terme implicite du contrat entre banquier et client. Il a commencé ses motifs de jugement en posant la question suivante, à la p. 520: [TRADUCTION] «Qu'elle est l'obligation d'un client averti d envers son banquier?» Le juge Montgomery s'est référé aux propos tenus par le juge Pratte dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Procureur général (Qué.)*, [1979] 1 R.C.S. 565 aux pp. 569 et 570, relativement au rôle joué par l'usage du commerce e dans les relations banquier-client, a cité un long extrait tiré de l'opinion du juge Laskin dans l'affaire *Arrow Transfer*, puis a dit, à la p. 532:

[TRADUCTION] Selon moi, puisque les motifs de la majorité dans l'affaire *Banque de Montréal c. P.G. Qué.*, précitée, font mention de «l'usage du commerce», cela me permet de supposer que le type d'obligation envisagé par le juge Laskin dans l'arrêt *Arrow Transfer*, précité, existe dans les rapports entre CP et la banque indépendamment des termes exprès de leur contrat bancaire. Je ne conçois pas qu'un grand client d'une banque, un client averti, qui reçoit de sa banque des relevés de compte quotidiens et dont les opérations bancaires quotidiennes se chiffrent à plusieurs milliers de dollars, puisse être dégagé de toute responsabilité de vérifier l'exactitude de ces relevés en ce qui concerne les chèques revêtus de signatures contrefaites. Si la banque doit être responsable envers son client du fait d'avoir honoré des chèques portant des signatures contrefaites, l'usage du commerce doit certainement exiger que le client prenne dans le cadre normal des affaires des mesures visant à déceler les faux et à empêcher qu'ils ne se reproduisent. Le rapport Price Waterhouse déclare sans équivoque que, si CP Hôtels avait suivi des pratiques et des méthodes comptables appropriées, le dessein de Sigulim aurait j échoué. Ces pratiques et méthodes comprennent nécessairement l'établissement de conciliations bancaires convenables.

With reference to the requirement of an acceptable system of internal controls, he said at p. 533:

In a commercial context an efficient internal control system is designed to prevent frauds against the corporation without regard to specific provisions of the *Bills of Exchange Act*. In my opinion a bank dealing with a sophisticated commercial customer has a right to expect that the customer will have such internal controls in place. The customer owes a duty to the bank to operate an acceptable internal control system so that both the bank and its customer are jointly engaged in prevention and minimization of losses occurring through forgeries.

To impose such a duty on a sophisticated customer does not run counter to the spirit of the *Bills of Exchange Act*

In this Court counsel for the Bank contended chiefly for a duty of general application to examine bank statements with reasonable care and report discrepancies within a reasonable time, as indicated by his opening submission in oral argument that the Court should recognize a duty of the kind set out in § 4-406 of the *Uniform Commercial Code*, although I did not understand him to abandon reliance on a duty to maintain an adequate system of internal accounting controls for the prevention and minimization of loss through forgery.

III

I find it convenient to begin the consideration of judicial opinion with reference to the basis of the customer's duties to a bank in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of his cheques with the judgment of the Supreme Court of the United States in *Leather Manufacturers' Bank, supra*, because it contains an early analysis of the issues of law and policy and has been invoked over the years in the English and Canadian cases by those contending that the customer should have a wider duty of care than that which has been recognized in those cases. *Leather Manufacturers' Bank* was a case of material alteration by a confidential clerk in which the amounts of cheques were raised after the cheques had been signed by his employer. The customer's pass-book

En ce qui concerne l'exigence d'un système acceptable de contrôles internes, le juge Montgomery a dit, à la p. 533:

[TRADUCTION] Dans un contexte commercial, un système efficace de contrôles internes est conçu pour éviter que la société soit fraudée, indépendamment des dispositions précises de la *Loi sur les lettres de change*. À mon avis, une banque qui fait affaire avec un client commercial averti est en droit de s'attendre que ce client ait instauré de tels contrôles internes. Le client a une obligation envers la banque de posséder un système acceptable de contrôles internes afin que la banque et le client participent ensemble à la prévention et à la réduction au minimum des pertes occasionnées par les faux.

Imposer une telle obligation à un client averti ne va nullement à l'encontre de l'esprit de la *Loi sur les lettres de change*

Devant nous, les avocats de la Banque ont essentiellement fait valoir l'existence d'une obligation d'application générale d'examiner les relevés bancaires avec une diligence raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable, vu qu'il ressort de l'entrée en matière de leur plaidoirie orale que la Cour devrait reconnaître une obligation comparable à celle prévue par § 4-406 de l'*Uniform Commercial Code*, quoique je n'aie pas l'impression qu'ils aient abandonné leur argument relatif à utilisation d'un système acceptable de contrôles comptables internes pour prévenir et minimiser les pertes imputables aux faux.

III

Par souci de commodité, je prends comme point de départ de cette étude de l'opinion des tribunaux concernant le fondement des obligations du client envers une banque en matière de prévention et de détection du faux dans le tirage de ses chèques, l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Leather Manufacturers' Bank, précité*. En effet, cet arrêt contient l'une des premières analyses des questions de droit et de politique générale et il a été invoqué au cours des années devant les tribunaux anglais et canadiens par les tenants du point de vue selon lequel le client devrait avoir une obligation de diligence plus large que celle établie par la jurisprudence en question. Dans l'affaire *Leather Manufacturers' Bank*, un commis de confiance avait apporté des changements importants à des

had been returned to him at intervals with his cancelled cheques, but the necessary bank reconciliation was left to the clerk who, among other things, destroyed the cheques that had been altered, with the result that the fraud remained concealed for several months. It was a case of an employee's being left in complete control of the verification of the pass-book and vouchers and the accounting records on which such verification would have to be based. The principle or rule to be derived from the reasons of the Supreme Court in this case is conveniently stated in the head-note as follows: "A depositor in a bank, who sends his pass-book to be written up and receives it back with entries of credits and debits and his paid checks as vouchers for the latter, is bound personally or by an authorized agent, and with due diligence, to examine the pass-book and vouchers, and to report to the bank, without unreasonable delay, any errors which may be discovered in them; and if he fails to do so, and if the bank is thereby misled to its prejudice, he cannot afterwards dispute the correctness of the balance shown by the pass-book." Interestingly, in view of the subsequent development of English law on this question, Harlan J., who delivered the opinion of the Supreme Court, relied in part on two English cases: *Devaynes v. Noble* (generally referred to as *Clayton's Case*) (1816), 1 Mer. 529, 35 E.R. 767, and *Freeman v. Cooke* (1848), 2 Ex. 654, 154 E.R. 652. He relied on these cases with reference to usage as the basis of the customer's duty and to estoppel as the result of a breach of that duty. With reference to *Devaynes v. Noble*, Harlan J. said at pp. 106-07:

In *Devaynes v. Noble*, 1 Meriv. 530, 535, it appeared that the course of dealing between banker and customer, in London, was the subject of inquiry in the High Court of Chancery as early as 1815. The report of the master stated, among other things, that for the purpose of having the pass-book "made up by the bankers from their own books of account, the customer returns it to them from time to time as he thinks fit; and, the proper

chèques en en augmentant les montants après leur signature par son employeur. Le carnet de banque de client lui avait été remis à certains intervalles accompagné de ses chèques payés, mais la préparation de la conciliation bancaire requise était confiée au commis qui a, entre autres choses, détruit les chèques falsifiés, de sorte que la fraude est restée cachée pendant plusieurs mois. C'était un cas où un employé s'occupait tout seul de la vérification du carnet de banque, des pièces justificatives et des registres comptables sur lesquels cette vérification devait être fondée. Le sommaire de cet arrêt contient un résumé pratique du principe ou de la règle qui se dégage des motifs de la Cour suprême des États-Unis: [TRADUCTION] «Un déposant à une banque qui envoie son carnet pour qu'il soit mis à jour, lorsque le carnet lui est renvoyé avec inscription des sommes créditées et débitées, accompagné dans ce dernier cas de ses chèques payés à titre de pièces justificatives, doit soit personnellement soit par l'intermédiaire d'un mandataire autorisé, et avec une diligence raisonnable, examiner le carnet et les pièces justificatives et signaler à la banque dans un délai raisonnable toute erreur qui a pu y être découverte; s'il ne le fait pas et si, par la suite, la banque est induite en erreur et subit en conséquence un préjudice, il ne saurait alors contester l'exactitude du solde inscrit dans le carnet.» Chose intéressante compte tenu de l'évolution subséquente du droit anglais dans ce domaine, le juge Harlan, qui a exposé l'avis de la Cour suprême, s'est fondé en partie sur deux décisions anglaises: *Devaynes v. Noble* (généralement appelée l'affaire *Clayton*) (1816), 1 Mer. 529, 35 E.R. 767 et *Freeman v. Cooke* (1848), 2 Ex. 654, 154 E.R. 652. Il s'est appuyé sur ces décisions relativement à l'usage en tant que fondement de l'obligation du client et relativement à l'irrecevabilité résultant du manquement à cette obligation. Au sujet de l'affaire *Devaynes v. Noble*, le juge Harlan a dit, aux pp. 106 et 107:

[TRADUCTION] Il ressort de l'affaire *Devaynes v. Noble*, 1 Meriv. 530, 535, que déjà en 1815 les relations banquier-client à Londres faisaient l'objet d'un examen de la part de la High Court of Chancery. Le rapport du *master* dit notamment que, pour «la mise à jour [du carnet de banque] par les banquiers à partir de leurs propres livres comptables, le client le leur renvoie de temps à autre selon ce qu'il juge à propos; les banquiers

entries being made by them up to the day on which it is left for that purpose, they deliver it again to the customer, who thereupon examines it, and if there appears any error or omission, brings or sends it back to be rectified; or, if not, his silence is regarded as an admission that the entries are correct." This report is quite as applicable to the existing usages of this country as it was to the usages of business in London at the time it was made. The depositor cannot, therefore, without injustice to the bank, omit all examination of his account, when thus rendered at his request. His failure to make it or to have it made, within a reasonable time after opportunity given for that purpose, is inconsistent with the object for which he obtains and uses a pass-book.

With reference to *Freeman v. Cooke*, in which Parke B. stated the conditions for estoppel by representation, Harlan J. placed particular reliance on the words, "and conduct, by negligence or omission, where there is a duty cast upon a person, by usage of trade or otherwise, to disclose the truth, may often have the same effect." After referring to American decisions illustrating the application of what he variously spoke of as "estoppel by conduct" and "estoppel by negligence", Harlan J. stated the applicable principle as follows at p. 112:

These cases are referred to for the purpose of showing some of the circumstances under which the courts, to promote the ends of justice, have sustained the general principle that, where a duty is cast upon a person, by the usages of business or otherwise, to disclose the truth—which he has the means, by ordinary diligence, of ascertaining—and he neglects or omits to discharge that duty, whereby another is misled in the very transaction to which the duty relates, he will not be permitted, to the injury of the one misled, to question the construction rationally placed by the latter upon his conduct. This principle commends itself to our judgment as both just and beneficent . . .

With reference to what counsel for the Bank in the present case called the "short step", Harlan J. said at p. 113: "But if the evidence showed that the

y ayant porté les inscriptions appropriées jusqu'au jour où ils l'ont reçu à cette fin, ils le renvoient au client, qui l'examine et, s'il y constate une erreur ou une omission, il le rapporte ou le renvoie pour rectification, à défaut de quoi son silence est considéré comme une reconnaissance de l'exactitude des inscriptions». Ce rapport est tout aussi applicable aux usages actuels chez nous qu'il l'était aux usages commerciaux à Londres à l'époque où il a été établi. Le déposant ne peut donc, sans commettre une injustice envers la banque, omettre d'examiner son carnet lorsqu'il lui est ainsi rendu à sa demande. Son omission de procéder à un tel examen ou d'y faire procéder dans un délai raisonnable après que la possibilité lui a été donnée de le faire, est incompatible avec l'objet de l'obtention et de l'utilisation d'un carnet de banque.

Dans son examen de l'affaire *Freeman v. Cooke*, où le baron Parke a énoncé les conditions de l'irrecevabilité fondée sur une déclaration, le juge Harlan a attaché une importance particulière aux mots: [TRADUCTION] «et lorsqu'une personne se trouve assujettie, par l'usage du commerce ou autrement, à une obligation de divulguer la vérité, la conduite, qu'il s'agisse d'une négligence ou d'une omission, peut souvent avoir le même effet.» Après avoir passé en revue les décisions américaines illustrant l'application de ce qu'il a qualifié tantôt de [TRADUCTION] «fin de non-recevoir fondée sur la conduite», tantôt de [TRADUCTION] «fin de non-recevoir fondée sur la négligence», le juge Harlan a formulé ainsi le principe pertinent, à la p. 112:

[TRADUCTION] La mention de ces décisions vise à indiquer certaines des circonstances dans lesquelles les tribunaux, dans l'intérêt de la justice, ont soutenu le principe général selon lequel, lorsqu'une personne est tenue, par les usages du commerce ou autrement, de divulguer la vérité—ce qu'il peut déterminer en faisant preuve d'une diligence ordinaire—et que cette personne néglige ou omet de s'acquiescer de cette obligation, si bien qu'une autre personne est induite en erreur dans l'opération même à laquelle s'applique l'obligation en question, il ne lui sera pas permis, au préjudice de la personne ainsi induite en erreur, de mettre en doute l'interprétation que cette personne a en toute logique donnée à sa conduite. Ce principe nous paraît à la fois juste et salutaire . . .

En ce qui concerne le «petit pas» évoqué en l'espèce par les avocats de la Banque, le juge Harlan a dit, à la p. 113: [TRADUCTION] «Mais, s'il ressort de la

depositor intentionally remained silent, after discovering the forgeries in question, would the law conclusively presume that he had acquiesced in the account as rendered, and infer previous authority in the clerk to make the checks, and yet forbid the application of the same principle where the depositor was guilty of neglect of duty in failing to do that, in reference to the account, which he admits would have readily disclosed the same fraud? It seems to the court that the simple statement of this proposition suggests a negative answer to it." There is also reference in the judgment of Harlan J. to ratification or adoption, as distinct from estoppel, as the basis on which the customer was precluded from setting up the alterations against the bank, but in the end the case appears to have been treated as one of estoppel by negligence, as indicated by the following statement at the end of the judgment of Harlan J. at p. 122: "Whether the plaintiffs are estopped, by the negligence of their representative, to dispute the correctness of the account as rendered by the bank from time to time, is, in view of all the circumstances of this case, a mixed question of law and fact." There was further reference to negligence in the following statement concerning the issue of policy at pp. 115-16: "In their relations with depositors, banks are held, as they ought to be, to rigid responsibility. But the principles governing those relations ought not to be so extended as to invite or encourage such negligence by depositors in the examination of their bank accounts, as is inconsistent with the relations of the parties or with those established rules and usages, sanctioned by business men of ordinary prudence and sagacity, which are or ought to be known to depositors." With reference to the standard of care required of the customer in the examination of his pass-book and vouchers, Harlan J. said at p. 116:

We must not be understood as holding that the examination by the depositor of his account must be so close and thorough as to exclude the possibility of any error

preuve que le déposant a intentionnellement gardé le silence après avoir découvert les faux en cause, le droit tiendrait-il pour avéré que le déposant a approuvé le compte tel qu'il avait été établi et conclurait-il que le commis avait été préalablement investi du pouvoir de faire les chèques, tout en interdisant l'application du même principe lorsque le déposant se rendait coupable de manquement à son obligation en omettant d'accomplir, relativement au compte, un acte qui, de son propre aveu, aurait clairement révélé la même fraude? De l'avis de la cour, cette question invite une réponse négative.» Les motifs de jugement du juge Harlan mentionnent en outre la ratification ou l'adoption, par opposition à l'irrecevabilité, comme raisons empêchant le client d'invoquer les falsifications contre la banque mais, en dernière analyse, l'affaire semble avoir été considérée comme un cas d'irrecevabilité fondée sur la négligence, ce qui ressort de la déclaration suivante à la fin des motifs du juge Harlan, à la p. 122: [TRADUCTION] «La question de savoir si la négligence du représentant des demandeurs vient les empêcher de contester l'exactitude du compte apuré par la banque de temps à autre est, vu toutes les circonstances de la présente affaire, une question mixte de droit et de fait.» La négligence est mentionnée aussi dans la déclaration suivante portant sur la question de politique générale, aux pp. 115 et 116: [TRADUCTION] «Dans leurs relations avec les déposants, les banques se voient assujetties à une responsabilité stricte, ce qui n'est d'ailleurs que normal. Toutefois, les principes régissant ces relations ne devraient pas être élargis de manière à inviter ou à encourager les déposants à faire preuve dans la vérification de leurs relevés de banque d'un degré de négligence qui soit incompatible avec les rapports entre les parties ou avec les règles et les usages établis, sanctionnés par les hommes d'affaires d'une prudence et d'une sagacité ordinaires et dont les déposants sont au courant ou sont censés l'être.» Au sujet de la norme de diligence à laquelle doit satisfaire le client dans l'examen de son carnet de banque et des pièces justificatives, le juge Harlan a dit, à la p. 116:

[TRADUCTION] Il ne faut pas nous prêter la conclusion qu'un déposant doit vérifier son compte avec une attention et une minutie qui écartent toute possibilité

whatever being overlooked by him. Nor do we mean to hold that the depositor is wanting in proper care, when he imposes upon some competent person the duty of making that examination and of giving timely notice to the bank of objections to the account. If the examination is made by such an agent or clerk in good faith and with ordinary diligence, and due notice given of any error in the account, the depositor discharges his duty to the bank. But when, as in this case, the agent commits the forgeries which misled the bank and injured the depositor, and, therefore, has an interest in concealing the facts, the principal occupies no better position than he would have done had no one been designated by him to make the required examination—without, at least, showing that he exercised reasonable diligence in supervising the conduct of the agent while the latter was discharging the trust committed to him. In the absence of such supervision, the mere designation of an agent to discharge a duty resting primarily upon the principal, cannot be deemed the equivalent of performance by the latter. While no rule can be laid down that will cover every transaction between a bank and its depositor, it is sufficient to say that the latter's duty is discharged when he exercises such diligence as is required by the circumstances of the particular case, including the relations of the parties, and the established or known usages of banking business.

The Court further held that the customer would not be estopped by negligence from setting up the forgeries if the bank had itself been negligent in paying the forged or altered cheques. Harlan J. said at p. 112: "Of course, if the defendant's officers, before paying the altered checks, could by proper care and skill have detected the forgeries, then it cannot receive a credit for the amount of those checks, even if the depositor omitted all examination of his account."

The common law rule, as affirmed in *Leather Manufacturers' Bank* and other American decisions before the adoption of the *Uniform Commercial Code*, was summed up in *Glassell Development Co. v. Citizens' National Bank of Los Angeles*, 191 Cal. 375 (1923), as follows at p. 380:

qu'une erreur lui échappe. Nous ne concluons pas non plus qu'un déposant manque à la diligence requise lorsqu'il impose à une personne compétente la tâche de procéder à la vérification et de signaler à la banque en temps utile les erreurs relevées. Si ce mandataire ou commis effectue la vérification de bonne foi et avec une diligence ordinaire, et qu'un avis en bonne et due forme soit donné de toute erreur, le déposant s'acquitte de son obligation envers la banque. Si toutefois, comme c'est le cas en l'espèce, le mandataire est l'auteur des faux qui ont induit la banque en erreur et qui ont lésé le déposant, de sorte que ce mandataire a tout intérêt à dissimuler la vérité, le mandant n'est pas en meilleure posture qu'il ne l'aurait été s'il n'avait désigné personne pour procéder à l'examen requis—du moins tant qu'il n'aura pas justifié d'une diligence raisonnable dans la surveillance de la conduite de son mandataire pendant que celui-ci remplissait la tâche que le mandant lui avait confiée. À défaut d'une telle surveillance, la simple désignation d'un mandataire pour remplir une obligation qui incombe principalement au mandant ne saurait être considérée comme valant exécution par celui-ci. Bien qu'on ne puisse pas poser de règle qui soit applicable à toutes les opérations qui interviennent entre une banque et un de ses déposants, il suffit de faire remarquer que ce dernier s'acquitte de son obligation lorsqu'il exerce la diligence commandée par les circonstances de l'espèce, qui comprennent notamment les relations qui existent entre les parties, et par les usages établis ou connus en matière bancaire.

La Cour a conclu en outre que la négligence du client ne l'empêcherait pas d'invoquer les faux si la banque s'était elle-même montrée négligente en payant les chèques contrefaits ou falsifiés. Le juge Harlan a dit, à la p. 112: [TRADUCTION] «Bien sûr, si les employés de la défenderesse, avant de payer les chèques falsifiés, avaient pu, en faisant preuve d'une diligence et d'une habileté raisonnables, découvrir les faux, elle ne saurait porter à son crédit le montant de ces chèques, même dans l'hypothèse où le déposant n'aurait soumis son compte à aucun examen.»

La règle de *common law*, énoncée dans l'arrêt *Leather Manufacturers' Bank* et d'autres décisions américaines antérieures à l'adoption de l'*Uniform Commercial Code*, a été ainsi résumée dans la décision *Glassell Development Co. v. Citizens' National Bank of Los Angeles*, 191 Cal. 375 (1923), à la p. 380:

And the weight of authority, and perhaps of reason, supports the view that when a depositor's pass-book has been written up and returned to him with canceled checks which have been charged to his account, it is his duty to examine such checks within a reasonable time, and if they disclose forgeries or alterations to report them to the bank, failing in which he cannot, if his failure results in detriment to the bank, dispute the correctness of payments thereafter made by it on similar checks . . .

This rule, however, assumes that the bank itself has not been guilty of negligence in making the payment, for when by the exercise of proper care it could have discovered the alteration or forgery, it must bear the loss notwithstanding that the depositor failed in his duty to examine the accounts . . .

An important feature of the common law rule, before the adoption of the *Uniform Commercial Code*, was that a bank, in order to be able to rely on the negligence of the customer, had the burden first of showing that it had not been negligent in failing to detect the forgery or alteration. In *Basch v. Bank of America*, 22 C.2d 316 (1943) at p. 322, the following statement in 7 *Am. Jur.*, Banks, § 516 of this aspect of the rule was accepted as authoritative:

. . . a bank which is guilty of negligence in failing to discover an alteration or forgery cannot avoid liability on the ground that the depositor was negligent in failing to examine his balanced passbook, statement of account, or returned checks. Consequently, in every case where suit is brought by a depositor to recover from a bank money deposited by him, which the bank has paid out otherwise than in conformity with his orders, and the bank sets up the defense that it is nevertheless entitled to charge the depositor with such payments because of conduct of the depositor subsequent to such payment, the preliminary question to be determined is whether the bank was or was not guilty of negligence in making the payments. If it was negligent, if its officers are found to have failed to exercise due and reasonable care in detecting the forgery or fraud, then the subsequent negligence of the depositor, his failure to perform his duty in examining his passbook and vouchers with reasonable care and to report to the bank in a reasonable time any errors or mistakes, will constitute no defense.

[TRADUCTION] De plus, la jurisprudence, et peut-être aussi la raison, appuient nettement le point de vue selon lequel, dès lors que le carnet de banque d'un déposant a été mis à jour et lui a été rendu avec les chèques payés dont son compte a été débité, il lui incombe d'examiner ces chèques dans un délai raisonnable et, en cas de faux ou de falsification, d'en faire part à la banque, à défaut de quoi il ne pourra pas, si son omission entraîne un préjudice pour la banque, contester le paiement ultérieur de chèques semblables . . .

Cette règle suppose toutefois que la banque ne s'est pas rendue elle-même coupable de négligence en effectuant le paiement car, si elle avait pu en exerçant une diligence raisonnable découvrir la falsification ou le faux, elle doit supporter la perte même si le déposant a manqué à son obligation de vérifier les comptes . . .

Un élément important de la règle de *common law* antérieure à l'adoption de l'*Uniform Commercial Code* consistait en l'obligation d'une banque, pour qu'elle puisse invoquer la négligence du client, d'établir d'abord que ce n'est pas par sa propre négligence que le faux ou la falsification n'a pas été découvert. Dans l'affaire *Basch v. Bank of America*, 22 C.2d 316 (1943), à la p. 322, l'énoncé de cet aspect de la règle fait dans 7 *Am. Jur.*, Banks, § 516, a été accepté comme faisant autorité:

[TRADUCTION] . . . une banque qui se rend coupable de négligence du fait de ne pas avoir découvert une falsification ou une contrefaçon ne peut se soustraire à la responsabilité en alléguant la négligence du déposant qui a omis d'examiner son carnet de banque apuré, son état de compte ou ses chèques payés. Par conséquent, dans chaque cas où un déposant poursuit une banque en recouvrement d'argent déposé par lui, que la banque a payé d'une manière non conforme à ses ordres, et où la banque oppose à cette action le moyen de défense selon lequel elle est néanmoins en droit de débiter le déposant de ces paiements en raison de la conduite de celui-ci à la suite desdits paiements, la question préliminaire qui se pose est de savoir si la banque s'est rendue coupable de négligence en effectuant les paiements en cause. Si elle a été négligente et que l'on conclue que les employés de la banque n'ont pas fait preuve d'une diligence raisonnable dans la détection du faux ou de la fraude, alors la négligence subséquente du déposant, son omission de s'acquitter de son obligation d'examiner avec un soin raisonnable son carnet de banque et les pièces justificatives et de signaler à la banque dans un délai raisonnable toute erreur ou faute, ne constituera pas un moyen de défense.

In *Pacific Coast Cheese, Inc. v. Security First National Bank of Los Angeles*, 286 P.2d 353 (Cal. S.C. 1955), which was quoted by Laskin J. in *Arrow Transfer*, it was said at p. 355: "When it appears that a bank has made payment on the basis of an altered or forged check, the burden is on the bank to justify the charge by establishing, as an affirmative defense, both that it was free from negligence and that the depositor was negligent or was estopped to deny the correctness of the payments." It was held that the evidence with respect to the absence of negligence by the bank in failing to detect material alterations did not warrant a directed verdict in its favour.

As codified in § 4-406 of the *Uniform Commercial Code*, the American rule, with the burden of proving negligence by the bank now on the customer, reads as follows:

(1) When a bank sends to its customer a statement of account accompanied by items paid in good faith in support of the debit entries or holds the statement and items pursuant to a request or instructions of its customer or otherwise in a reasonable manner makes the statement and items available to the customer, the customer must exercise reasonable care and promptness to examine the statement and items to discover his unauthorized signature or any alteration on an item and must notify the bank promptly after discovery thereof.

(2) If the bank establishes that the customer failed with respect to an item to comply with the duties imposed on the customer by subsection (1) the customer is precluded from asserting against the bank

(a) his unauthorized signature or any alteration on the item if the bank also establishes that it suffered a loss by reason of such failure; and

(b) an unauthorized signature or alteration by the same wrongdoer on any other item paid in good faith by the bank after the first item and statement was available to the customer for a reasonable period not exceeding fourteen calendar days and before the bank receives notification from the customer of any such unauthorized signature or alteration.

(3) The preclusion under subsection (2) does not apply if the customer establishes lack of ordinary care on the part of the bank in paying the item(s).

Dans l'affaire *Pacific Coast Cheese, Inc. v. Security First National Bank of Los Angeles*, 286 P.2d 353 (Cal. S.C. 1955), citée par le juge Laskin dans l'affaire *Arrow Transfer*, on a dit, à la p. 355: [TRADUCTION] «Lorsqu'il paraît que la banque a effectué un paiement sur un chèque altéré ou contrefait, il incombe à celle-ci de justifier l'imputation en établissant comme moyen de défense positif qu'elle n'a pas fait preuve de négligence et que le déposant a fait preuve de négligence ou était irrecevable à nier la légitimité des paiements.» On a conclu que la preuve établissant que ce n'était pas par négligence que la banque n'avait pas découvert des falsifications importantes, ne justifiait pas qu'un verdict soit imposé en sa faveur.

La règle américaine codifiée dans § 4-406 de l'*Uniform Commercial Code*, qui oblige maintenant le client à prouver la négligence de la banque, est ainsi formulée:

[TRADUCTION] (1) Lorsqu'une banque envoie à son client un état de compte auquel sont joints des effets payés de bonne foi pour justifier les débits inscrits, ou, à la demande ou sur les instructions de son client, conserve l'état et les effets, ou met autrement d'une façon raisonnable l'état et les effets à la disposition de son client, ce dernier doit, avec une diligence et dans un délai raisonnables, examiner l'état et les effets afin de voir si la signature de son nom a été apposée sans son autorisation ou si un effet a de quelque façon été altéré et, le cas échéant, doit notifier la banque sans délai.

(2) Si la banque établit qu'à l'égard d'un effet, le client a omis de remplir les obligations qui lui sont imposées au paragraphe (1), le client n'est pas admis à établir contre la banque

a) la signature non autorisée de son nom ou toute altération de l'effet, si la banque établit également qu'elle a subi une perte par suite de cette omission; et

b) que le même faussaire a signé, sans son autorisation, ou altéré, un autre effet, payé par la banque de bonne foi après que le premier effet et le premier état eurent été à la disposition du client durant une période raisonnable d'au plus quatorze jours civils et avant que la banque ne soit notifiée par le client de la signature non autorisée ou altération.

(3) L'inadmissibilité édictée au paragraphe (2) ne s'applique pas si le client établit que la banque a omis d'exercer une diligence normale en payant l'effet ou les effets.

(4) Without regard to care or lack of care of either the customer or the bank a customer who does not within one year from the time the statement and items are made available to the customer (subsection (1)) discover and report his unauthorized signature or any alteration on the face or back of the item or does not within 3 years from that time discover and report any unauthorized indorsement is precluded from asserting against the bank such unauthorized signature or indorsement or such alteration.

It is this rule, reflecting a legislative adjustment of liability or allocation of loss, that counsel for the Bank, at the outset of his oral argument, invited the Court to adopt.

IV

I turn to a consideration of the English and Canadian decisions, prior to *Arrow Transfer*, concerning a customer's duties to his bank in respect of the prevention and detection of forgery or alteration in the drawing of his cheques. The basis in principle of the customer's duty to draw his cheques in such a manner as not to facilitate forgery or alteration, as ultimately affirmed in *Macmillan, supra*, was suggested in *Young v. Grote* (1827), 4 Bing. 253, 130 E.R. 764, where the Court of Common Pleas held that a customer was precluded by negligence from setting up a material alteration against his bank when he had left a cheque signed in blank with his wife, who had filled it up in such a manner as to permit the amount to be raised. Best C.J. quoted in support of his conclusion a statement of principle by Pothier from the law of mandate, as applied to the banker and customer relationship. He said at p. 258 Bing., 766 E.R.:

Undoubtedly, a banker who pays a forged check, is in general bound to pay the amount again to his customer, because, in the first instance, he pays without authority. On this principle the two cases which have been cited were decided, because it is the duty of the banker to be acquainted with his customer's hand-writing, and the banker, not the customer, must suffer if a payment is made without authority.

(4) Indépendamment de la question de la diligence, ou du défaut de diligence, tant du client que de la banque, le client qui ne décèle pas et ne signale pas, au cours de l'année qui suit le jour où l'état et les effets ont été mis à sa disposition (paragraphe (1)), que la signature de son nom a été apposée sans son autorisation ou qu'un effet a été altéré au recto ou à l'endos ou qui ne décèle pas et ne signale pas tout endossement non autorisé dans les trois ans à compter de ce jour, n'est pas admis à établir contre la banque la signature ou l'endossement non autorisé ni l'altération.

C'est cette règle, qui reflète une modification par voie législative de la responsabilité ou de l'obligation de supporter les pertes, que l'avocat de la Banque, au début de son argumentation orale, a demandé à la Cour d'adopter.

IV

J'aborde maintenant la jurisprudence anglaise et canadienne antérieure à l'arrêt *Arrow Transfer*, portant sur les obligations d'un client envers sa banque en matière de prévention et de détection des faux ou de la falsification de ses chèques. Le principe sur lequel repose l'obligation du client de tirer ses chèques de manière à ne pas faciliter les faux ou la falsification, confirmé ultérieurement dans l'arrêt *Macmillan*, précité, fut proposé dans la décision *Young v. Grote* (1827), 4 Bing. 253, 130 E.R. 764 où la Court of Common Pleas a conclu que la négligence d'un client l'empêchait d'opposer une falsification importante à sa banque dans un cas où le client avait remis à sa femme un chèque signé en blanc qu'elle avait rempli de manière que le montant puisse être augmenté. À l'appui de sa conclusion, le juge en chef Best a cité un principe énoncé par Pothier dans le droit du mandat, dans son application aux relations entre banquier et client. Le juge en chef Best a dit, à la p. 258 Bing., 766 E.R.:

[TRADUCTION] Sans aucun doute, un banquier qui honore un chèque contrefait est d'une manière générale tenu de verser le montant de nouveau à son client parce que, au premier chef, il a payé sans en avoir l'autorisation. Voilà le principe sur lequel reposent les deux décisions citées, car il est du devoir du banquier de connaître l'écriture de son client et c'est le banquier et non le client qui doit subir les conséquences si un paiement est effectué sans autorisation.

But though that rule be perfectly well established, yet if it be the fault of the customer that the banker pays more than he ought, he cannot be called on to pay again. That principle has been well illustrated by Potier [*sic*], in commenting on the case put by Scacchia [and here I reproduce the passage quoted by Best C.J. from Pothier, as it appears, with the exact reference, at p. 792 of *Macmillan*.] "Cependant, si c'était par la faute du tireur que le banquier eût été induit en erreur, le tireur n'ayant pas eu le soin d'écrire sa lettre de manière à prévenir les falsifications, puta, s'il avait écrit en chiffres la somme tirée par la lettre, et qu'on eût ajouté zéro, le tireur serait, en ce cas, tenu d'indemniser le banquier de ce qu'il a souffert de la falsification de la lettre, à laquelle le tireur, par sa faute, a donné lieu; c'est à ce cas qu'on doit restreindre la décision de Scacchia."

In *Macmillan*, Lord Finlay L.C. approved the adoption of this statement of principle in Pothier as the basis of the decision in *Young v. Grote*, the proper rationale of which had been for many years a matter of differing judicial opinion, and said at p. 792: "This passage appears to me to be strictly relevant to the case of banker and customer with which Best C.J. was dealing and to embody the principles of English as well as of the civil law." The duty that was affirmed was the contractual duty of a customer to draw his mandate in such a manner as not to mislead his bank. The duty was restated by Lord Finlay L.C. in *Macmillan* as follows at p. 789:

The relation between banker and customer is that of debtor and creditor, with the superadded obligation on the part of the banker to honour the customer's cheques if the account is in credit. A cheque drawn by a customer is in point of law a mandate to the banker to pay the amount according to the tenor of the cheque. It is beyond dispute that the customer is bound to exercise reasonable care in drawing the cheque to prevent the banker being misled. If he draws the cheque in a manner that facilitates fraud, he is guilty of a breach of duty between himself and the banker, and he will be responsible to the banker for any loss sustained by the banker as a natural and direct consequence of this breach of duty.

The customer's duty appears to have been regarded as the necessary counterpart of the banker's duty or obligation to honour the customer's cheques. Viscount Haldane put it thus in *Macmillan* at p. 814:

Toutefois, bien que cette règle soit très bien établie, si c'est par la faute du client que le banquier se trouve à payer plus qu'il aurait dû, on ne saurait l'obliger à payer de nouveau. Ce principe a été bien expliqué par Potier (*sic*) dans ses observations sur l'affaire de Scacchia [et je reproduis ici le passage tiré de Pothier cité par le juge en chef Best et que l'on trouve avec la référence exacte, à la p. 792 de l'arrêt *Macmillan*]. «Cependant, si c'était par la faute du tireur que le banquier eût été induit en erreur, le tireur n'ayant pas eu le soin d'écrire sa lettre de manière à prévenir les falsifications, puta, s'il avait écrit en chiffres la somme tirée par la lettre, et qu'on eût ajouté zéro, le tireur serait, en ce cas, tenu d'indemniser le banquier de ce qu'il a souffert de la falsification de la lettre, à laquelle le tireur par sa faute, a donné lieu; c'est à ce cas qu'on doit restreindre la décision de Scacchia.»

Dans l'arrêt *Macmillan*, le lord chancelier Finlay a approuvé l'adoption du principe énoncé par Pothier comme fondement de la décision *Young v. Grote*, sur le véritable fondement de laquelle les avis des tribunaux avaient été partagés pendant bien des années. Il a dit, à la p. 792: [TRADUCTION] «Ce passage me paraît se rapporter directement au cas banquier-client dont le juge en chef Best se trouvait saisi et donner expression aux principes tant du droit anglais que du droit civil.» Ce qu'on a confirmé était l'obligation contractuelle d'un client d'exprimer son mandat de manière à ne pas induire sa banque en erreur. Cette obligation a été formulée de nouveau par le lord chancelier Finlay dans l'arrêt *Macmillan*, à la p. 789:

[TRADUCTION] Le rapport entre un banquier et un client est celui de débiteur et de créancier, avec en plus l'obligation du banquier d'honorer les chèques du client à condition qu'il y ait provision. Du point de vue juridique, un chèque tiré par un client constitue un mandat donné au banquier de payer la somme inscrite sur le chèque. Il ne fait pas de doute que le client est tenu de faire preuve d'une diligence raisonnable en tirant le chèque afin que le banquier ne soit pas induit en erreur. S'il tire le chèque d'une manière qui facilite la fraude, il se rend coupable d'un manquement à son obligation envers le banquier et il sera responsable de toute perte subie par le banquier comme conséquence naturelle et directe de ce manquement.

L'obligation du client paraît avoir été considérée comme le pendant nécessaire de l'obligation du banquier d'honorer les chèques de son client. À ce propos, le vicomte Haldane a fait les observations suivantes dans l'arrêt *Macmillan*, à la p. 814:

But the customer of a bank is under a yet more specific duty. The banker contracts to act as his mandatory and is bound to honour his cheques without delay to the extent of the balance standing to his credit. The customer contracts reciprocally that in drawing his cheques on the banker he will draw them in such a form as will enable the banker to fulfil his obligation, and therefore in a form that is clear and free from ambiguity. The correlative obligation is thus complementary to the obligation of the mandatory to apply the balance in paying without delay the cheques as and when presented to him.

There was a possible suggestion in the reasons of Best C.J. and Park J. in *Young v. Grote* that the negligence for which the customer was held to be responsible was viewed not only as the negligence of his wife, acting as his agent, but his own negligence in leaving cheques signed in blank, with authority to fill them up, with an inexperienced person. This would have suggested a wider duty of care with respect to the drawing of cheques than that which was ultimately affirmed in *Macmillan*. In subsequent cases, however, such a wider duty was rejected, and it was held that in order to preclude recovery the negligence must be in the transaction, that is, in the mode of drawing the instrument, and must be the proximate cause of the loss. This qualification of the duty of care with respect to the prevention of forgery is reflected in *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 950, and *Swan v. North British Australasian Co.* (1863), 2 H. & C. 175, 159 E.R. 73, which involved fraudulent share transfers but were applied in subsequent cases involving negotiable instruments. In *Bank of Ireland*, it was held that the alleged negligence in the custody of the corporate seal was too remote from the share transfer by powers of attorney to which the seal had been fraudulently affixed to give rise to an estoppel by negligence. With respect to the contention that there should be a wider duty of care, Parke B. said at pp. 410-11 M. & W. and at p. 959 E.R.: "If such negligence could disentitle the Plaintiffs, to what extent is it to go? If a man should lose his cheque-book, or neglect to lock the desk in which it is kept, and a servant or stranger should take it up, it is impossible in our opinion to contend that a banker paying his forged cheque would be entitled to charge his customer with that

[TRADUCTION] Mais le client d'une banque a une responsabilité encore plus précise. Le banquier s'engage à agir en tant que mandataire du client et est à ce titre tenu d'honorer sans délai les chèques de celui-ci jusqu'à concurrence du montant du solde créditeur de son compte. Le client pour sa part s'engage à tirer ses chèques sur le banquier dans une forme qui permettra à ce dernier de remplir son obligation, c'est-à-dire dans une forme qui est claire et sans ambiguïté. L'obligation correlative du client constitue donc la contrepartie de l'obligation du mandataire d'affecter le solde au paiement immédiat des chèques quand ils lui sont présentés.

Les motifs du juge en chef Best et du juge Park dans l'affaire *Young v. Grote* donnent peut-être à entendre que la négligence dont le client a été jugé responsable était considérée non seulement comme la négligence de sa femme, qui a agi en tant que mandataire, mais comme sa propre négligence du fait d'avoir confié des chèques signés en blanc à une personne sans expérience avec l'autorisation de les remplir. Cela aurait donc porté à croire, dans le cas du tirage de chèques, à l'existence d'une obligation de diligence plus large que celle finalement énoncée dans l'arrêt *Macmillan*. Dans des affaires subséquentes, cependant, cette obligation de portée plus large a été écartée et on a décidé que, pour qu'elle empêche le recouvrement, la négligence doit se manifester dans l'opération elle-même, c'est-à-dire dans la façon dont l'effet a été tiré, et doit être la cause immédiate de la perte. Cette interprétation restrictive de l'obligation de diligence en matière de prévention du faux se dégage des affaires *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 950, et *Swan v. North British Australasian Co.* (1863), 2 H. & C. 175, 159 E.R. 73, qui portaient sur des cessions frauduleuses d'actions, mais qui ont été appliquées dans des affaires subséquentes où il s'agissait de titres négociables. Dans l'affaire *Bank of Ireland*, on a conclu que le lien entre la négligence dont on aurait fait preuve dans la garde du sceau de la société et la cession d'actions en vertu de procurations sur lesquelles le sceau avait été frauduleusement apposé était trop faible pour permettre d'invoquer une fin de non-recevoir fondée sur la négligence. En ce qui concerne l'argument préconisant une obligation de diligence de portée plus large, le baron Parke a dit, aux pp. 410 et 411 M. & W. et à la p. 959 E.R.: [TRADUCTION] «Si

payment." In *Swan*, which involved the fraudulent transfer of shares by means of share transfers signed in blank, the court, quoting with approval what was said concerning estoppel by Parke B. in *Freeman v. Cooke*, emphasized that for negligence to preclude recovery there must have been a duty, and reaffirmed, with reference to *Bank of Ireland*, that it must be negligence in the transaction and must be the proximate cause of the other party's having been misled.

The principle that the negligence must be in the transaction, that is, in the mode of drawing the cheque or other negotiable instrument, and must be the proximate cause of the bank's having been misled, was applied in *Arnold v. Cheque Bank* (1876), 1 C.P.D. 578, and *Agricultural Savings and Loan Association v. Federal Bank* (1881), 6 O.A.R. 192, both of which involved forged endorsements. The alleged negligence in *Arnold* was in the custody and transmission of a bank draft which had been endorsed by the plaintiffs and put in a letter box outside their office for transmission through the mails without a letter of advice by separate post. The draft was stolen by the plaintiff's clerk, who forged the endorsement of the endorsee. It was held that, even if the practice adopted by plaintiffs in the custody and transmission of the draft could be said to be negligence facilitating the fraud, it could not be negligence which precluded the plaintiffs from recovery, on the principle affirmed in *Bank of Ireland* and *Swan*. Lord Coleridge C.J. said at p. 588: "No authority whatever was cited to us for the contention that negligence in the custody of the draft will disentitle the owner of it to recover it or its proceeds from a person who has wrongfully obtained possession of it. Here, there was nothing in the draft or the endorsement with which the plaintiff had anything to do, calculated in any way

pareille négligence pouvait priver les demandeurs de leur droit d'action, jusqu'où cela va-t-il? Si un homme perd son carnet de chèques ou néglige de fermer à clé le bureau dans lequel il le range et qu'un serviteur ou un inconnu s'en empare, on ne saurait prétendre, selon nous, qu'un banquier qui honore son chèque contrefait aurait le droit de débiter son client en conséquence.» Dans l'affaire *Swan*, où il s'agissait de la cession frauduleuse d'actions au moyen d'actes de cession signés en blanc, la cour a cité et approuvé ce que le baron Parke avait dit au sujet de l'irrecevabilité dans l'affaire *Freeman v. Cooke*, puis a souligné que la négligence n'empêche pas le recouvrement, à moins qu'il n'y ait eu une obligation. De plus, la cour a répété, en se référant à l'arrêt *Bank of Ireland*, que la négligence doit se manifester dans l'opération elle-même et être la cause immédiate de ce que l'autre partie a été induite en erreur.

Le principe selon lequel la négligence doit se manifester dans l'opération elle-même, c'est-à-dire dans la façon dont le chèque ou autre titre négociable a été tiré, et qu'elle doit avoir été la cause immédiate de ce que la banque a été induite en erreur, fut appliqué dans les affaires *Arnold v. Cheque Bank* (1876), 1 C.P.D. 578, et *Agricultural Savings and Loan Association v. Federal Bank* (1881), 6 O.A.R. 192, dans lesquelles il était question d'endossements contrefaits. Dans l'affaire *Arnold*, on alléguait la négligence dans la garde et la transmission d'une traite bancaire que les demandeurs avaient endossée et déposée dans une boîte à lettres à l'extérieur de leurs bureaux en vue de son transport par la poste, et ce, sans envoyer de pli séparé pour en prévenir le bénéficiaire. Or, la traite a été volée par le commis du demandeur qui avait contrefait l'endossement de l'endossataire. La cour a conclu que, même si la pratique adoptée par les demandeurs dans la garde et la transmission de la traite pouvait constituer une négligence qui a facilité la fraude, il ne s'agissait pas, suivant le principe énoncé dans les décisions *Bank of Ireland* et *Swan*, d'une négligence qui venait empêcher les demandeurs de recouvrer les montants. Le juge en chef lord Coleridge, a dit, à la p. 588: [TRADUCTION] «Aucun précédent n'a été cité devant nous à l'appui du point de vue selon lequel la négligence dans la garde de la traite met le

to mislead the defendants. It was regularly indorsed, and was then inclosed in a letter to the plaintiffs' correspondents, to be sent through the post. There could be no negligence in relying on the honesty of their servants in the discharge of their ordinary duty, that of conveying letters to the post; nor can there be any duty to the general public to exercise the same care in transmission of the draft as if any or every servant employed were a notorious thief." Referring to the statement by Parke B. in *Bank of Ireland* quoted above, beginning, "If such negligence could disentitle the plaintiffs, to what extent is it to go?", Lord Coleridge C.J. said at pp. 589-90: "If it were the duty of the plaintiffs to guard against larceny and forgery in that way, it is impossible to say where, as observed by Parke B. in *Bank of Ireland v. Evans's Charities*, on that principle, it is to stop." *Agricultural Savings and Loan* involved the forged endorsement of cheques as part of a fraudulent mortgage loan transaction. The Ontario Court of Appeal applied *Bank of Ireland* and *Arnold* in holding that the customers were not estopped by negligence from setting up the forgeries against the bank because the negligence was not in the cheque transaction, as distinct from the mortgage loan transaction as a whole. Burton J.A., after referring to the rejection of a general duty of care by Parke B. in *Bank of Ireland*, said at p. 200: ". . . it appears now to be clearly established that the negligence which can operate by way of estoppel must be in the transaction itself and must be the proximate cause of leading the party into the mistake, and must also be the neglect of some duty that is owing to the person led into that belief, and not merely neglect of what would be prudent in respect to the party himself, or even of some duty owing to third

propriétaire dans l'impossibilité de recouvrer la traite ou son produit auprès d'une personne qui en a illégitimement obtenu la possession. En l'espèce, il n'y avait rien dans la traite ou dans l'endossement que le demandeur avait fait qui était de nature à induire les défendeurs en erreur. La traite a été régulièrement endossée, puis a été jointe à une lettre adressée aux correspondants des demandeurs, laquelle lettre devait être envoyée par la poste. Ce n'est pas de la négligence que de s'être fié à l'honnêteté de ses employés dans l'exercice de leurs fonctions ordinaires, savoir la mise de lettres à la poste; de plus, il n'y a aucune obligation envers le grand public de faire preuve, en transmettant la traite, de la même prudence que celle qui s'imposerait si chacun des employés était un voleur notoire.» Se référant aux propos déjà cités du baron Parke dans la décision *Bank of Ireland* qui commencent par la question: [TRADUCTION] «Si pareille négligence pouvait priver les demandeurs de leur droit d'action, jusqu'où cela va-t-il?» Le juge en chef lord Coleridge a dit, aux pp. 589 et 590: [TRADUCTION] «S'il était du devoir des demandeurs de se prémunir ainsi contre le larcin et le faux, il serait impossible, comme l'a fait remarquer le baron Parke dans la décision *Bank of Ireland v. Evans's Charities*, à propos de ce principe, de dire quand elle ne joue plus.» Dans l'affaire *Agricultural Savings and Loan*, il s'agissait d'endossements contrefaits apposés sur des chèques dans le cadre d'une opération frauduleuse de prêt hypothécaire. La Cour d'appel de l'Ontario a appliqué les décisions *Bank of Ireland* et *Arnold* et a conclu que la négligence ne venait pas empêcher les clients d'opposer les faux à la banque parce que ce n'était pas une négligence qui portait sur l'opération par chèque, par opposition à l'ensemble de l'opération de prêt hypothécaire. Le juge Burton de la Cour d'appel, après avoir fait observer que le baron Parke avait rejeté dans la décision *Bank of Ireland* la notion d'une obligation générale de diligence, a dit, à la p. 200: [TRADUCTION] «. . . il paraît maintenant bien établi que la négligence pouvant donner lieu à une fin de non-recevoir doit se manifester dans l'opération elle-même et doit être la cause immédiate par laquelle la partie a été induite en erreur; de plus, cette négligence doit consister en un manquement à une obligation

persons with whom those seeking to set up the estoppel are not privy.”

In the celebrated case of *Bank of England v. Vagliano*, [1891] A.C. 107, there was an issue of estoppel by negligence which occasioned statements in the House of Lords from which it might have been inferred that a customer owed a wider duty of care to his bank in respect of the prevention and detection of forgery than that which was affirmed by later authority. I refer to the statements here because counsel for the Bank placed some reliance on them. Vagliano accepted bills of exchange, payable at the Bank of England, on which his clerk, Glyka, had forged the signature of the drawer, Vucina & Co., a firm with which Vagliano did business. The clerk made the bills payable to C. Petridi & Co., also an existing firm known to Vagliano, but whose name was inserted as payee by way of pretence only with no intention that they should receive payment. The clerk forged the endorsements of the payee and appropriated the proceeds of the bills. Vagliano sought to recover the amount of the bills from the bank as having been paid without authority. The acceptor was clearly estopped, on well-established principle, from denying the genuineness of the drawer's signature. The issue was whether he could set up the forged endorsements against the bank. There were two questions: (a) whether, despite the acceptor's lack of knowledge or intention that the payee was named in the bill by way of pretense only, the payee, although an existing person, was nevertheless fictitious within the meaning of the *Bills of Exchange Act* and the bills therefore to be treated as payable to bearer, making an endorsement by the payee unnecessary; and (b) whether, in any event, the acceptor was estopped by his conduct from setting up the forgery of the payee's endorsement against the bank. The conduct on which the bank relied for an estoppel by representation included not only the repeated acceptance by Vagliano of bills apparently drawn by Vucina & Co., without verification whether there was money owing to the drawer, as well as repeated advice

envers la personne ainsi induite en erreur plutôt qu'en la simple omission de faire ce qui aurait été prudent du point de vue de la partie elle-même ou même en un manquement à une obligation envers des tiers avec lesquels ceux qui essaient d'invoquer la fin de non-recevoir n'ont aucun lien.»

Dans l'affaire célèbre *Bank of England v. Vagliano*, [1891] A.C. 107, on a soulevé une fin de non-recevoir fondée sur la négligence, ce qui a permis à la Chambre des lords de faire des déclarations dont on aurait pu conclure que l'obligation de diligence d'un client envers sa banque relativement à la prévention et à la détection du faux était plus grande que celle énoncée dans la jurisprudence subséquente. Je parle de ces déclarations ici parce que l'avocat de la Banque s'appuie dans une certaine mesure sur elles. Vagliano avait accepté des lettres de change, payables à la Bank of England, sur lesquelles son commis, Glyka, avait contrefait la signature du tireur, Vucina & Co., une maison avec laquelle Vagliano faisait affaire. Les lettres de change tirées par le commis étaient payables à C. Petridi & Co., une société qui était également connue de Vagliano, mais dont le nom n'avait été inséré comme bénéficiaire que par feinte, car elle ne devait nullement toucher les sommes en question. Le commis a contrefait les endossements de la bénéficiaire et s'est approprié le produit des lettres de change. Vagliano a cherché à recouvrer auprès de la banque le montant des lettres parce que le paiement avait été effectué sans autorisation. Évidemment, il était bien établi que l'accepteur ne pouvait nier l'authenticité de la signature du tireur. La question en litige était donc de savoir s'il pouvait opposer à la banque les endossements contrefaits. Cette question comportait deux volets: en premier lieu, bien que l'accepteur n'ait pas su que l'inscription du nom de la bénéficiaire sur la lettre de change n'était qu'une feinte et bien que celle-ci n'ait pas été voulue par l'accepteur, la bénéficiaire, malgré qu'elle assistât, était-elle néanmoins fictive au sens de la *Bills of Exchange Act*, de sorte que les lettres de change devaient être considérées comme payables au porteur, ce qui rendait superflu l'endossement par la bénéficiaire; et, en deuxième lieu, la conduite de l'accepteur venait-elle l'empêcher en tout état de cause d'invoquer contre la banque la contrefaçon

notices to the bank indicating the bills to be paid, but also the lack of supervision of the clerk and the return of the pass-book without objection. In the Court of Appeal ((1889), 23 Q.B.D. 243), Lord Esher M.R., who dissented on the issue whether the payee was fictitious, said at p. 255 that there was negligence in the lack of supervision of the clerk, but that it "was too remote from the loss suffered by the bank to enable the bank to rely on it". It was not the proximate cause of the bank's loss. Bowen L.J., delivering the judgment of the majority in the Court of Appeal, was of the same view, saying at pp. 262-63: "There was no evidence of negligence on the part of the plaintiff which so directly caused the frauds in question in this action as to prevent the plaintiff from succeeding in his claim. There was, we think, negligence on his part in leaving so much to a clerk in Glyka's position without any effective supervision or control over his proceedings. But this was not the proximate cause of the loss which has been incurred, and therefore cannot be relied on as a defence against the claim of the plaintiff, even if there were no negligence on the part of the bank." Bowen L.J. further held that the return of the pass-book without objection did not result in a settled account between the customer and his bank. In the House of Lords five of the eight members who sat on the case held in favour of the bank on the ground that the payee was fictitious. Three of them, and another member of the majority, were also of the view that the acceptor was precluded by his conduct from setting up the forged endorsements against the bank. The two dissenting members rejected both grounds for denying recovery to the acceptor. Of those who took the view that the acceptor was estopped by his conduct, Lord Halsbury L.C. expressed himself in the broadest terms, and it is on his statements that counsel for the Bank placed some reliance. Lord Halsbury stated the general principle applicable in such a case as follows at p. 114: "... a principal who has misled his agent into doing something on his behalf which the agent has honestly done, would not be entitled to claim against the agent in respect of the act so done; and upon this branch of the case the question is whether the agent was misled into doing the act by the default of the principal", and at p. 115

de l'endossement de la bénéficiaire? La fin de non-recevoir soulevée par la banque reposait non seulement sur l'acceptation répétée par Vagliano de traites apparemment tirées par Vucina & Co., sans vérifier si de l'argent était dû au tireur, et sur les avis renouvelés donnés à la banque indiquant les traites à payer, mais aussi sur le manque de surveillance exercée sur le commis et sur le fait que le carnet de banque a été rendu sans aucune contestation. En Cour d'appel ((1889), 23 Q.B.D. 243), le maître des rôles lord Esher, dissident sur la question de savoir si la bénéficiaire était fictive, a affirmé que le manque de surveillance du commis constituait une négligence, mais que [TRANSDUCTION] «le lien de causalité avec la perte subie par la banque était trop faible pour que celle-ci puisse l'invoquer». Ce n'était pas la cause immédiate de la perte de la banque. Le lord juge Bowen, qui a prononcé le jugement de la majorité en Cour d'appel, a abondé dans le même sens. Aux pages 262 et 263, il a dit: [TRANSDUCTION] «Il n'y avait aucune preuve d'une négligence de la part du demandeur qui ait causé si directement les fraudes présentement en question que le demandeur doive succomber. Nous estimons qu'il a fait preuve de négligence en confiant à un commis comme Glyka des tâches aussi importantes sans exercer sur lui aucune surveillance ni aucun contrôle efficaces. Cette négligence n'était toutefois pas la cause immédiate de la perte subie; par conséquent, on ne saurait l'opposer à la réclamation du demandeur, même si la banque ne s'est pas montrée négligente.» Le lord juge Bowen a conclu en outre que le fait de rendre le carnet de banque sans rien contester ne créait pas un compte soldé entre le client et sa banque. En Chambre des lords, sur les huit membres qui ont siégé dans l'affaire, cinq ont statué en faveur de la banque pour le motif que la bénéficiaire était fictive. Trois d'entre eux, ainsi qu'un autre membre de la majorité, ont estimé en outre que la conduite de l'accepteur venait l'empêcher d'invoquer contre la banque les endossements contrefaits. Les deux membres dissidents ont rejeté l'un et l'autre motifs de refuser le recouvrement à l'accepteur. De ceux qui ont estimé que la conduite de l'accepteur donnait lieu à une fin de non-recevoir, c'est le lord chancelier Halsbury qui s'est exprimé dans les termes les plus larges, et c'est sur

he acknowledged the limited scope of this principle as follows: "... the carelessness of the customer, or neglect of the customer to take precautions, unconnected with the act itself, cannot be put forward by the banker as justifying his own default." But then Lord Halsbury went on to distinguish the *Bank of Ireland* case as follows at pp. 115-16:

In order to make the cases of the *Bank of Ireland v. Trustees of Evans' Charities* [5 H.L.C. 389], and the *Mayor, &c., of Merchants of the Staple of England v. Bank of England* [21 Q.B.D. 160] authorities in this case, it would be necessary to assume that the plaintiffs in those cases had by some voluntary act of their own given credit and the appearance of genuineness to the particular powers of attorney which were forged in those cases, and if they had, I very much doubt whether the decision would have been what it was; but no such fact appeared; all the parties whose negligence was relied on had done, was to leave their seal carelessly in the custody of the person who abused his trust. These decisions therefore do not seem to me to touch the case.

But how can it be said in this case that the default is unconnected with the act? The very thing which the banker does is induced by the fault of the customer. Was not the customer bound to know the genuineness of Vucina's draft? Was not the customer bound to know whether there was any real transaction between himself and Vucina, effected by the instrument in question? Was not the customer bound to know the contents of his own pass-book? Was not the customer bound to know the state of his account with Vucina? It certainly is very strange that it should be suggested that without any responsibility on his part he should be entitled to accredit forty-three documents to his bankers as genuine bills when he had the means of knowledge I have indicated

les déclarations de celui-ci que l'avocat de la Banque s'appuie dans une certaine mesure. À la page 114, lord Halsbury a ainsi formulé le principe général applicable dans un tel cas: [TRADUCTION] " ... lorsqu'un mandant en usant de tromperie amène son mandataire à faire quelque chose pour lui et que le mandataire s'en acquitte honnêtement, ce mandant n'est pas admis à poursuivre le mandataire relativement à l'acte ainsi accompli; et sur cet aspect de l'affaire, la question est de savoir si le mandataire a été incité par la faute du mandant à commettre l'acte en question", à la page 115, lord Halsbury reconnaît la portée restreinte de ce principe quand il dit: [TRADUCTION] " ... le banquier ne peut alléguer pour justifier sa propre faute ni le manque de diligence du client ni l'omission de celui-ci de prendre des précautions, lorsque ce manque de diligence et cette omission n'ont aucun lien avec l'acte lui-même". Toutefois, lord Halsbury a fait ensuite la distinction suivante d'avec la décision *Bank of Ireland*, aux pp. 115 et 116:

[TRADUCTION] Pour que les décisions *Bank of Ireland v. Trustees of Evans' Charities* [5 H.L.C. 389], et *Mayor, &c., of Merchants of the Staple of England v. Bank of England* [21 Q.B.D. 160] fassent jurisprudence en l'espèce, il faudrait présumer que les demandeurs dans ces affaires avaient par leur propre acte volontaire donner créance et l'apparence d'authenticité aux procurations particulières que l'on avait contrefaites et, dans cette hypothèse-là, je doute fort que la décision eût été la même; mais l'existence d'un tel état de choses n'a pas été établie; tout ce qu'avaient fait les parties dont on invoquait la négligence était d'imprudemment confier leur sceau à la garde de la personne qui a commis un abus de confiance. Ces précédents ne me paraissent donc pas applicables à la présente instance.

Mais comment peut-on prétendre en l'espèce que la faute n'a pas de lien avec l'acte? Le fait même du banquier a été provoqué par la faute du client. Le client n'était-il pas censé savoir si la traite de Vucina était authentique? Le client n'était-il pas censé savoir si une opération était réellement intervenue entre lui et Vucina grâce à l'effet en question? Le client n'était-il pas censé connaître la teneur de son propre carnet de banque? Le client n'était-il pas censé connaître l'état de son compte chez Vucina? Certes, il est bien étrange de prétendre que, sans engager sa propre responsabilité, le client devrait pouvoir donner à entendre à ses banquiers que quarante-trois documents constituaient des traites authentiques alors qu'il était en mesure de savoir, par les

that no one of them was a bill of exchange at all, or represented any transaction between Vucina and himself.

The bankers paid upon these documents and they paid a person who was not entitled to receive the money. There was no person entitled to receive it. The fact that it reached their hands as representing a mercantile transaction in which somebody was to be paid was itself a misleading of them; and that it did reach their hands purporting to represent such a transaction arose from the mode in which Mr. Vagliano's business was conducted by those responsible for it.

In effect, Lord Halsbury was of the view that Vagliano's conduct, taken as a whole, amounted to a representation that the bills were in every respect, including the endorsement of the payee, genuine. This appears to have been the view of the other members of the House of Lords who held that Vagliano was estopped from setting up the forgeries of the payee's signature. This possible implication of a wider duty of care, however, was not adopted by subsequent authority. In *Macmillan*, the only reference to Lord Halsbury's speech in *Vagliano* was by Lord Parmoor at pp. 834-35 to the statement which I have quoted above: "The carelessness of the customer, or neglect of the customer to take precautions, unconnected with the act itself, cannot be put forward by the banker as justifying his own default."

In *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India*, [1909] 2 K.B. 1010, Bray J., in a judgment that was approved by the House of Lords in the *Macmillan* case, considered the customer's duty of care both before and after forgery of the signature of signing officers on its cheques. The company's cheques required the signature of two directors and the secretary. The bank honoured cheques on which the signatures of directors had been forged by the secretary. During the two-month period in which the forgeries were perpetrated the company's pass-book was taken out and returned to the bank without objection to

moyens déjà indiqués, qu'il ne s'agissait dans aucun cas d'une lettre de change et qu'aucun de ces documents ne représentait une opération intervenue entre Vucina et lui-même.

^a Sur la foi de ces documents, les banquiers ont effectué des paiements et ce, à une personne qui n'était pas en droit de toucher l'argent. En réalité, personne n'en avait le droit. Le seul fait que les documents leur ont été présentés comme constatant des opérations commerciales dans lesquelles quelqu'un devait recevoir un paiement a eu pour effet d'induire les banquiers en erreur; et si les documents qu'on leur a ainsi remis paraissaient représenter des opérations commerciales, c'est à cause de la manière dont les affaires de M. Vagliano ont été menées par ceux qui en avaient la charge.

Lord Halsbury a estimé en fait que la conduite de Vagliano dans son ensemble équivalait à une déclaration que les traites étaient à tous les égards, ^d y compris l'endossement de la bénéficiaire, authentiques. Tel paraît avoir également été l'avis des autres membres de la Chambre des lords, qui ont conclu que Vagliano n'était pas admis à établir le faux de la signature de la bénéficiaire. Cette obligation de diligence de portée plus large qui était ^e peut-être sous-entendue, n'a toutefois pas été adoptée dans la jurisprudence subséquente. Dans l'affaire *Macmillan*, seul lord Parmoor a fait mention des propos tenus par lord Halsbury dans l'affaire *Vagliano*, en se référant aux pp. 834 et 835, à la déclaration que j'ai citée plus haut: [TRADUCTION] «Le banquier ne peut alléguer pour justifier sa propre faute ni le manque de diligence ^f du client ni l'omission de celui-ci de prendre des ^g précautions, lorsque ce manque de diligence et cette omission n'ont aucun avec l'acte lui-même».

Dans l'affaire *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India*, [1909] 2 K.B. 1010, le juge Bray, dont la décision a été approuvée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Macmillan*, a examiné l'obligation de diligence du client avant et après la contrefaçon de la signature de signataires autorisés sur ses chèques. Les chèques de la société devaient porter la signature de deux administrateurs et du secrétaire. La banque a honoré des chèques sur lesquels le secrétaire avait contrefait les signatures d'administrateurs. Au cours de la période de deux mois pendant laquelle les faux ont été perpétrés, le carnet de banque de la société

the entries related to the forged cheques. It was contended for the bank that the company was precluded from setting up the forgeries by breach of a duty of care in issuing the cheques which had the effect of misleading the bank. It was said that the directors who signed the cheques had acted negligently and that there had not been proper supervision of the secretary. It was also contended that the taking out of the pass-book and its return to the bank without objection to the entries related to the forged cheques amounted to a settlement of account between the customer and the bank. Bray J. expressed the first contention, respecting a general duty of care, as follows at p. 1021: "They contended, first, that it was the duty of the plaintiffs to them, as their bankers and as part of the contract between them, (a) to use reasonable care in the issuing of mandates to the defendants, and (b) in the carrying out of their business relating to the issuing of mandates, and if they delegated these duties to another, they must use reasonable care to supervise the execution of the duties and to prevent the delegation from being abused." With respect to the second contention, it was argued that a customer was bound to examine entries in the pass-book when he received it and to report any errors in it, and that if he failed to do so and the bank was thereby misled to its prejudice, he could not afterwards dispute the correctness of the balance shown in the pass-book. The decision of the United States Supreme Court in *Leather Manufacturers' Bank v. Morgan* was referred to in support of both contentions.

With respect to the first contention, Bray J. held that the customer's duty of care was limited to the drawing of his cheques in a manner that would not cause the bank to be misled. He held, applying *Bank of Ireland* and *Swan*, that for a breach of this duty "the negligence must be in or immediately connected with the transaction itself and must have been the proximate cause of the loss." He held that there was no authority for the wider duty of care contended for by the bank and no basis for

avait été pris, puis rendu à la banque, sans contestation des inscriptions relatives aux chèques contrefaits. On a soutenu pour le compte de la banque que la société n'était pas admise à établir les faux car elle manqué à son obligation de diligence en émettant des chèques qui ont eu pour effet d'induire la banque en erreur. Les administrateurs signataires des chèques auraient fait preuve de négligence et on n'aurait pas exercé sur le secrétaire la surveillance qui s'imposait. On a fait valoir en outre que le fait de prendre le carnet de banque et de le rendre à la banque sans s'opposer aux inscriptions relatives aux chèques contrefaits constituait un compte soldé entre le client et la banque. Le juge Bray a donné au premier argument, qui portait sur une obligation générale de diligence, la formulation suivante, à la p. 1021: [TRADUCTION] «Elle a prétendu d'abord qu'il était du devoir de la demanderesse envers elle, en sa qualité de banquier de cette dernière et dans le cadre du contrat intervenu entre elles, a) de faire preuve d'une diligence raisonnable en investissant la défenderesse de mandats, et b) en exerçant ses activités reliées à la constitution de mandats, et si la demanderesse déléguait ces tâches à quelqu'un d'autre, elle devrait user de diligence raisonnable en surveillant l'exécution de ces tâches afin de prévenir l'abus de cette délégation.» Pour ce qui est du second argument, on a soutenu qu'un client est tenu d'examiner les inscriptions portées dans le carnet de banque dès qu'il le reçoit et de signaler toute erreur y figurant et que, s'il ne le fait pas et que la banque soit ainsi induite en erreur à son préjudice, il ne saurait par la suite contester l'exactitude du solde indiqué dans le carnet. L'arrêt *Leather Manufacturers' Bank v. Morgan* de la Cour suprême des États-Unis a été cité à l'appui de l'un et l'autre arguments.

En ce qui concerne le premier argument, le juge Bray a conclu que le client avait pour seule obligation de tirer ses chèques de manière que la banque ne soit pas induite en erreur. Appliquant les décisions *Bank of Ireland* et *Swan*, le juge Bray a dit que, pour constituer un manquement à cette obligation, [TRADUCTION] «la négligence doit se manifester dans l'opération elle-même ou présenter un lien direct avec celle-ci et doit en outre être la cause immédiate de la perte». Toujours selon le

implying it as a term of the contract between banker and customer, but he found as a fact that even if such a duty existed there had not been a breach of it. He said at p. 1026: "They have not taken all the precautions that were possible and probably not all that a good many companies do take, but I think they took reasonable precautions." The following passage in the judgment of Bray J. at pp. 1025-26 indicates the reasons of principle and policy which led him to reject the wider duty of care contended for by the bank:

I think Mr. Scrutton's contention equally fails when it is considered apart from authority. It amounts to a contention on the part of the bank that its customers impliedly agreed to take precautions in the general course of carrying on their business to prevent forgeries on the part of their servants. Upon what is that based? It cannot be said to be necessary to make the contract effective. It cannot be said to have really been in the mind of the customer, or, indeed, that of the bank, when the relationship of banker and customer was created. What is to be the standard of the extent or number of the precautions to be taken? Applying it to this case, can it be said to have been in the minds of the directors of the company that they were promising to have the pass-book and the cash-book examined at every board meeting, and to have a sufficient number of board meetings to prevent forgeries, or that the secretary should be supervised or watched by the chairman? If the bank desire that their customers should make these promises they must expressly stipulate that they shall. I am inclined to think that a banker who required such a stipulation would soon lose a number of his customers. The truth is that the number of cases where bankers sustain losses of this kind are infinitesimal in comparison with the large business they do, and the profits of banking are sufficient to compensate them for this very small risk. To the individual customer the loss would often be very serious; to the banker it is negligible.

With respect to the second contention, Bray J. held that there was no authority for the proposi-

juge Bray, l'obligation de diligence de portée plus large invoquée par la banque était sans aucun fondement jurisprudentiel et rien ne justifiait son introduction dans le contrat entre le banquier et le client à titre de condition implicite, mais il a conclu en tant que fait que, même si une telle obligation existait, on n'y avait pas manqué. Il a affirmé, à la p. 1026: [TRADUCTION] «Elle n'a pas pris toutes les précautions possibles et n'a probablement pas pris non plus toutes les précautions que prennent en fait un bon nombre de sociétés; j'estime toutefois qu'elle a pris des précautions raisonnables.» Le passage suivant tiré des motifs du juge Bray, aux pp. 1025 et 1026, expose les raisons de principe et de politique générale qui l'ont amené à rejeter l'obligation de diligence de portée plus large préconisée par la banque:

[TRADUCTION] Je crois que l'argument de M^e Scrutton est tout aussi mal fondé quand on le considère indépendamment de la jurisprudence. Ce point de vue équivaut à une déclaration de la part de la banque que ses clients s'engagent implicitement à prendre des précautions dans l'exercice général de leurs activités afin d'empêcher que leurs employés ne commettent des faux. Sur quoi cela repose-t-il? On ne saurait prétendre que ce soit nécessaire pour que le contrat puisse être exécuté. On ne saurait prétendre que c'est ce qu'avait envisagé en réalité le client, ou même la banque, lors de la création des relations banquier-client. Quelle doit être la norme applicable à la portée ou au nombre des précautions à prendre? Si l'on applique cette norme en l'espèce, est-il possible d'affirmer que, dans leur esprit, les administrateurs de la société promettaient de faire vérifier le carnet de banque et le livre de caisse à chaque réunion du conseil d'administration et de tenir un nombre suffisant de réunions pour prévenir les faux, ou que le président du conseil d'administration devait surveiller le secrétaire? Si la banque désire que ses clients fassent ces promesses, cela doit être stipulée expressément. Or, je suis porté à croire qu'un banquier qui tenait à ce qu'il y ait une telle stipulation perdrait avant bien longtemps une bonne partie de sa clientèle. À la vérité, le nombre de cas où des banquiers subissent des pertes de ce genre sont infimes par rapport à l'importance de leurs opérations et les profits provenant de leurs activités bancaires suffisent pour couvrir ce risque fort minime. Pour le client individuel la perte serait souvent très grave; pour le banquier elle est négligeable.

En ce qui a trait au second argument, le juge Bray a conclu qu'aucun précédent n'appuyait la

tion that "when a pass-book is taken out of the bank by the customer or some clerk of his and returned without objection there is a settled account between the bank and the customer by which both are bound." With reference to *Leather Manufacturers' Bank*, he said at p. 1028: "I do not think it necessary to say more about that case than that the facts as stated in paragraph 5 on page 100 are quite sufficient to distinguish it from the present case, and that it has never been acknowledged by any Court or judge in this country as correctly stating our law." It may be that one of the facts to which Bray J. attached particular importance in the paragraph he referred to was that, unlike the English practice, in *Leather Manufacturers' Bank* the customer's cancelled cheques had been returned with the pass-book. In any event, Bray J. indicated that he did not, as a matter of policy, favour holding the customer responsible for the fraudulent concealment of a forgery by an employee. He said at p. 1029: "Apart from authority one has only to look at the facts of this case to see how absurd it would be to hold that the taking out of the pass-book and its return constituted a settled account. It would mean this, that a secretary of a company, by going to the bank for his own purposes in order to prevent the discovery of his own fraud, and without any knowledge on the part of any of the directors, and getting the pass-book (with a pencil entry in it of the balance), can bind the company for all purposes."

In *Macmillan*, which was a case of material alteration facilitated by the drawer's having left spaces permitting the amount to be raised, the House of Lords affirmed that the customer owed a duty of care to his bank to draw his cheques in such a manner as not to facilitate forgery or material alteration, but it rejected any wider duty of care, reaffirming what had been laid down in earlier cases, such as *Bank of Ireland* and *Swan*, that the negligence, in order to estop the customer or otherwise preclude recovery, must be in the transaction itself and be the proximate cause of

proposition selon laquelle, [TRADUCTION] «lorsqu'un carnet de banque est sorti de la banque par le client ou un commis de celui-ci, puis rendu sans aucune contestation, il existe entre la banque et le client un compte soldé par lequel l'un et l'autre sont liés». Se référant à l'arrêt *Leather Manufacturers' Bank*, il a dit, à la p. 1028: [TRADUCTION] «Selon moi, tout ce qu'il est nécessaire de dire au sujet de cet arrêt est que les faits exposés au paragraphe 5, à la page 100, suffisent à eux seuls pour établir une distinction d'avec la présente espèce et qu'aucun tribunal ni aucun juge de notre pays n'a jamais affirmé que ledit arrêt constitue un énoncé exact du principe de droit applicable ici.» Il se peut que, parmi les faits exposés dans le paragraphe susmentionné, le juge Bray ait attaché une importance particulière à celui-ci: dans l'affaire *Leather Manufacturers' Bank*, les chèques payés du client lui avaient été rendus avec le carnet de banque, ce qui ne se faisait pas en Angleterre. En tout état de cause, le juge Bray a souligné que, par principe, il s'opposait à ce qu'un client soit jugé responsable lorsque son employé dissimulait frauduleusement un faux. À la page 1029, le juge Bray a précisé: [TRADUCTION] «Abstraction faite de la jurisprudence, on n'a qu'à tenir compte des circonstances de la présente affaire pour constater jusqu'à quel point il serait absurde de conclure que le fait de prendre le carnet de banque et de le rendre constituait un compte soldé. Il en résulterait qu'un secrétaire d'une société, en allant à la banque, à l'insu des administrateurs de la société, en vue d'empêcher que sa fraude ne soit découverte, et en obtenant le carnet de banque (dans lequel le solde est inscrit au crayon), pourrait lier la société à toutes fins.»

Dans l'affaire *Macmillan*, où il s'agissait d'une falsification importante facilitée par le fait que le tireur avait laissé des espaces qui permettaient la majoration du montant, la Chambre des lords a déclaré que le client avait une obligation de diligence envers sa banque de tirer ses chèques de manière à ne pas faciliter le faux ou toute falsification importante, mais elle a écarté toute obligation de diligence de portée plus large, confirmant ainsi ce qu'avaient établi des décisions antérieures telles que *Bank of Ireland* et *Swan*, savoir que la négligence ne constitue une fin de non-recevoir opposa-

the loss. With reference to this point, Lord Finlay L.C. said at p. 795: "Of course the negligence must be in the transaction itself, that is, in the manner in which the cheque is drawn. It would be no defence to the banker, if the forgery had been that of a clerk of a customer, that the latter had taken the clerk into his service without sufficient inquiry as to his character. Attempts have often been made to extend the principle of *Young v. Grote* beyond the case of negligence in the immediate transaction, but they have always failed." To similar effect Viscount Haldane said at pp. 815-16: "Thus a man may be imprudent in leaving his cheque-book and pass-book in the hands of his clerk who is thereby enabled to forge a cheque. But he is not liable, for this reason, that the direct and real cause of the loss is the intervention of an act of wickedness on the part of the clerk, which the law does not call on him to anticipate in the absence of obvious ground for suspicion. In *Kepitigalla Rubber Estates v. National Bank of India* Bray J. states the principle with conspicuous lucidity." Lord Finlay L.C. also referred with approval at p. 801 to the judgment of Bray J. in *Kepitigalla*, which he said stood for the proposition "that to afford a defence to the banker the breach of duty must be, as in *Young v. Grote*, in connection with the drawing of the order or cheque, and that there is no obligation as between customer and banker that the person should take precautions in the general carrying on of his business or in examining and checking the pass-book." In *Macmillan*, Lord Finlay L.C. at pp. 793-94 and Viscount Haldane at p. 818 noted that the breach of the customer's duty to draw his cheques in such a manner as not to facilitate material alteration could be characterized as resulting in an estoppel by conduct or negligence or, alternatively, as suggested by Cockburn C.J. in *Swan*, as creating a defence of negligence that must be made available to the bank to avoid circuitry of action. One explanation of the requirement that the negligence be in the transaction and be the proximate cause of the loss is that it must result in a representation

ble au client ni n'empêche de quelque autre façon le recouvrement que si elle se manifeste dans l'opération elle-même et si elle est la cause immédiate de la perte. Sur ce point, le lord chancelier Finlay a dit, à la p. 795: [TRADUCTION] «Bien entendu, la négligence doit se manifester dans l'opération elle-même, c'est-à-dire dans la manière dont le chèque est tiré. Si le faux avait été perpétré par un commis d'un client, le banquier n'aurait pu à ce moment-là invoquer comme moyen de défense que celui-ci avait engagé le commis sans procéder à une enquête suffisante sur sa moralité. On a souvent tenté d'étendre le principe posé dans la décision *Young v. Grote* au-delà du cas de négligence dans l'opération elle-même, mais ces tentatives ont toujours échoué.» Dans la même veine, le vicomte Haldane a dit aux pp. 815 et 816: [TRADUCTION] «Un homme peut donc se montrer imprudent en laissant son carnet de chèques et son carnet de banque entre les mains de son commis, lui permettant ainsi de contrefaire un chèque. Cela n'entraîne toutefois pas sa responsabilité parce que la cause directe et réelle de la perte est la perpétration d'un acte répréhensible par le commis, ce qu'en droit il n'est pas tenu de prévoir, en l'absence de motifs manifestes de suspicion. Dans l'affaire *Kepitigalla Rubber Estates v. National Bank of India*, le juge Bray énonce le principe avec une clarté remarquable.» Le lord chancelier Finlay, à la p. 801, a lui aussi donné son aval au jugement du juge Bray dans l'affaire *Kepitigalla* qui, selon lui, établissait [TRADUCTION] «que, si pour servir de défense au banquier, le manquement à l'obligation doit être, comme c'était le cas dans l'affaire *Young v. Grote*, relié au tirage de la traite ou du chèque, et qu'il n'y a aucune obligation du client envers le banquier de prendre des précautions dans l'exercice général de ses activités commerciales ou dans l'examen et la vérification du carnet de banque». Dans l'affaire *MacMillan*, le lord juge Finlay, aux pp. 793 et 794, et le vicomte Haldane, à la p. 818, ont souligné qu'on pouvait considérer que le manquement d'un client à son obligation de tirer ses chèques d'une façon qui ne facilite pas une falsification importante entraînait une fin de non-recevoir fondée sur la conduite ou la négligence ou, subsidiairement, comme l'a suggéré le juge en chef Cockburn dans l'arrêt *Swan*, qu'il

concerning the instrument that causes prejudice or detriment.

Reference should now be made to the English and Canadian cases recognizing a duty to inform a bank promptly upon learning of forgery or material alteration to determine what conclusions are to be drawn from them concerning the issue in the appeal. There are several things to be noted about these cases. They stand for the principle that an estoppel by representation will result from silence where there is a duty to speak. They recognize that such a duty may arise where there is no contractual relationship. In such a case the duty has been based on usage or on a principle of fair dealing. The cases were all cases in which there was actual knowledge of the forgery or alteration. I do not find in them an implication that the duty will arise, as was held in *Leather Manufacturers' Bank*, where there is not actual knowledge, but the means, by the exercise of reasonable care, of learning of the forgery or alteration. The consideration of these cases which follows is with particular reference to the points I have noted.

In *M'Kenzie v. British Linen Co.* (1881), 6 App. Cas. 82, the House of Lords recognized that a person who knew that his signature to a bill of exchange had been forged and that a bank was relying on the genuineness of his signature could in principle be estopped by his silence from setting up the forgery against the bank, although he was not in a contractual relationship with the bank. It was held, however, that he was not estopped because his silence had not prejudiced the bank. What was said by Parke B. concerning estoppel in *Freeman v. Cooke* was approved, and Lord Watson spoke of the basis of the duty to speak in such circumstances in terms which assumed knowledge of the

créait un moyen de défense de négligence dont la banque devait pouvoir se prévaloir pour éviter des actions en chaîne. La nécessité que la négligence se manifeste dans l'opération et soit la cause immédiate de la perte s'explique notamment parce qu'elle doit entraîner une déclaration relative à l'effet qui cause le préjudice ou le tort.

Il convient maintenant d'aborder la jurisprudence anglaise et canadienne dans laquelle on a reconnu l'existence d'une obligation d'informer la banque sans délai dès qu'on apprend qu'il y a eu faux ou falsification important, pour déterminer quelles conclusions cette jurisprudence permet de tirer concernant la question soulevée par le présent pourvoi. Plusieurs observations s'imposent relativement à ces décisions. Elles établissent qu'une fin de non-recevoir résultera du fait d'avoir gardé le silence alors qu'il y avait obligation de parler. Elles reconnaissent qu'une telle obligation peut exister même en l'absence de relations contractuelles. Dans ce cas-là, l'obligation découle de l'usage ou du principe de l'honnêteté des transactions. Dans chacune des affaires en question, on savait pertinemment qu'il y avait eu faux ou falsification. Je n'y trouve rien qui laisse entendre que l'obligation prendra naissance, comme il a été affirmé dans l'arrêt *Leather Manufacturers' Bank*, lorsqu'on possède, non pas la connaissance elle-même, mais les moyens d'apprendre l'existence du faux ou de la falsification en faisant preuve d'une diligence raisonnable. L'analyse de cette jurisprudence que j'entreprends ci-après porte tout particulièrement sur les points que je viens de noter.

Dans l'arrêt *M'Kenzie v. British Linen Co.* (1881), 6 App. Cas. 82, la Chambre des lords a reconnu qu'une personne qui savait d'une part que sa signature apposée sur une lettre de change avait été contrefaite et d'autre part qu'une banque se fiait à l'authenticité de cette signature pouvait en principe être admise en raison de son silence à établir le faux à l'encontre de la banque, bien qu'elle n'ait pas eu de relations contractuelles avec celle-ci. On a conclu cependant qu'il n'y avait pas d'empêchement parce que son silence n'avait pas porté préjudice à la banque. La déclaration du baron Parke concernant l'irrecevabilité dans l'affaire *Freeman v. Cooke* a été approuvée et lord

forgery as follows at p. 109: "The only reasonable rule which I can conceive to be applicable in such circumstances is that which is expressed in carefully chosen language by Lord *Wensleydale* in the case of *Freeman v. Cooke*. It would be a most unreasonable thing to permit a man who knew the bank were relying upon his forged signature to a bill, to lie by and not to divulge the fact until he saw that the position of the bank was altered for the worse. But it appears to me that it would be equally contrary to justice to hold him responsible for the bill because he did not tell the bank of the forgery at once, if he did actually give the information, and if when he did so, the bank was in no worse position than it was at the time when it was first within his power to give the information."

In *Ogilvie v. West Australian Mortgage, and Agency Corp.*, [1896] A.C. 257 (P.C.), Lord Watson referred to a duty to speak which might arise from the "rules of fair dealing between man and man", but again it was a case in which the duty arose from actual knowledge. It was held that a customer was not estopped by his silence from setting up forgeries of his signature against his bank because in the particular circumstances of the case he did not have a duty to speak. An agent of the bank, who already knew of the forgeries, had asked the customer not to make them public. There was a question whether in these circumstances the customer had a duty to inform the directors of the bank of the forgeries. It was held that in the absence of ground for suspicion or belief that the agent was acting contrary to the interests of the bank there was no such duty. Lord Watson said at p. 269: "The respondent's counsel were unable to refer to any rule of law which, in the absence of any such suspicion or belief, imposed a duty upon the appellant to carry the information which he had received to the directors of the bank; and it does not appear to their Lordships that any such duty was required of him by the rules of fair dealing between man and man."

Watson a parlé du fondement de l'obligation de parler dans de telles circonstances en des termes qui supposaient la connaissance du faux, à la p. 109: [TRADUCTION] «La seule règle raisonnable qui, selon moi, puisse s'appliquer en pareil cas est celle exprimée en des mots bien pesés par lord *Wensleydale* dans l'arrêt *Freeman v. Cooke*. Il serait fort peu logique de permettre à un homme qui savait que la banque se fiait à sa signature contrefaite sur un effet de se croiser les bras et de ne révéler le faux qu'après avoir constaté que la situation de la banque a empiré. Mais, à ce qu'il me semble, il serait tout aussi injuste de le déclarer responsable de la lettre de change du fait qu'il n'a pas signalé le faux à la banque sur-le-champ, s'il a en réalité fourni les renseignements et si, quand il l'a fait, la posture de la banque n'était pas pire que celle où elle se trouvait au moment où il était en mesure de l'en informer.»

Dans l'arrêt *Ogilvie v. West Australian Mortgage, and Agency Corp.*, [1896] A.C. 257 (P.C.), lord Watson a fait mention d'une obligation de parler qui pourrait découler des [TRADUCTION] «règles de l'honnêteté des transactions entre particuliers», mais là encore il s'agissait d'une affaire où l'obligation résultait d'une connaissance réelle du faux. On a conclu que le silence d'un client ne l'empêchait pas d'invoquer contre sa banque la contrefaçon de sa signature parce que, dans les circonstances particulières, aucune obligation de parler ne lui incombait. Un mandataire de la banque, déjà au courant des faux, avait demandé au client de ne pas les rendre publics. On s'est demandé si, à ce moment-là, il était du devoir du client d'en informer les administrateurs de la banque. On a conclu qu'à défaut de motifs de soupçonner ou de croire que le mandataire agissait contrairement aux intérêts de la banque, il n'existait pas de telle obligation. Lord Watson a dit, à la p. 269: [TRADUCTION] «Les avocats de l'intimée n'ont pu citer aucune règle de droit qui, en l'absence d'un tel soupçon ou d'une telle croyance, imposait une obligation à l'appelant de communiquer aux administrateurs de la banque les renseignements qu'il avait reçus; et, selon leurs Seigneuries, les règles de l'honnêteté des transactions entre particuliers ne lui imposaient pas non plus ce genre d'obligation.»

In *Ewing v. Dominion Bank*, which, like *M'Kenzie*, was a case in which estoppel was considered in the absence of a contractual relationship of banker and customer, a majority of this Court (Girouard, Davies and Killam JJ.) held that *Ewing & Co.*, whose name had been forged as makers of a promissory note and who had received notice from the bank that it held the note and that payment should be provided at the bank on due date, were estopped by their silence, while they attempted to settle the matter with the forger, from setting up the forgery against the bank, because by prompt notice by the fastest available means on learning of the forgery they could have saved the bank from at least part of its loss. Reliance was placed on the statement of the law with respect to estoppel in *Freeman v. Cooke*, in particular, the words "and conduct, by negligence or omission, when there is a duty cast upon a person, by usage of trade or otherwise, to disclose the truth, may often have the same effect", and it was held that the principle was not confined to cases in which there was a contractual relationship. The implication is that the duty was regarded in this case as one imposed by business usage or practice. Girouard J. said at p. 143: "Speaking for myself, I cannot satisfy my mind that when a business man, familiar with banking operations, their meaning and scope, is informed, according to banking usages, that his name is being used as maker of a note in a bank, evidently for cash credit either already made or to be made, he is under no obligation to reply promptly, at least within a reasonable time, that it is used without his authority, or even that it is a forgery." Referring to the statement concerning estoppel by Parke B. in *Freeman v. Cooke*, Davies J. said at pp. 151-52:

Both parties profess to rely upon this rule in this case though I cannot find that any one of the limitations mentioned in it express or suggest the existence of the relationship of banker and customer or similar relationship as necessary to create the duty the neglect of which

Dans l'affaire *Ewing v. Dominion Bank*, où, comme dans l'affaire *M'Kenzie*, il a été question de la possibilité d'invoquer une fin de non-recevoir malgré l'absence de relations contractuelles entre banquier et client, cette Cour à la majorité, formée des juges Girouard, Davies et Killam, a conclu qu'*Ewing & Co.*, dont le nom avait été contrefait comme souscripteur d'un billet et qui avait été informée par la banque qu'elle détenait ce billet et que le paiement devrait s'effectuer à la banque à l'échéance, ne pouvait en raison du silence qu'elle avait gardé alors qu'elle tentait de régler l'affaire avec le faussaire, opposer le faux à la banque parce que, si, dès qu'elle avait eu connaissance du faux, elle avait donné à la banque un avis prompt par les moyens les plus rapides possibles, elle aurait pu lui épargner au moins une partie de sa perte. On s'est appuyé sur l'exposé du droit en matière d'irrecevabilité de l'affaire *Freeman v. Cooke*, en particulier, les propos suivants: [TRADUCTION] «et, lorsqu'une personne se trouve assujettie, par l'usage du commerce ou autrement, à l'obligation de divulguer la vérité la conduite, qu'il s'agisse d'une négligence ou d'une omission, peut souvent avoir le même effet», puis on est arrivé à la conclusion que l'application du principe ne se limitait pas aux cas où il existait des relations contractuelles. Il en découle que l'obligation était considérée dans cette affaire-là comme imposée par la pratique ou l'usage commerciaux. Le juge Girouard a dit, à la p. 143: [TRADUCTION] «Pour ma part, je ne suis pas convaincu que, quand un homme d'affaires au fait des opérations bancaires, de leur sens et leur portée, est informé, conformément aux usages en matière bancaire, qu'on se sert de son nom dans une banque comme souscripteur d'un billet, apparemment pour obtenir des avances déjà faites ou à faire, il n'est pas tenu de signaler promptement, ou du moins dans un délai raisonnable, que son nom a été utilisé sans son autorisation ou même qu'il s'agit d'un faux.» Après s'être référé à ce que le baron Parke avait dit concernant l'irrecevabilité dans l'affaire *Freeman v. Cooke*, le juge Davies a affirmé, aux pp. 151 et 152:

[TRADUCTION] Les deux autres parties prétendent invoquer cette règle en l'espèce, mais je ne puis conclure qu'il ressort directement ou indirectement de l'une ou l'autre restriction y mentionnée que l'existence des relations banquier-client ou de quelque rapport analogue

imposes the liability. It speaks of a *neglect of duty cast upon a person by the usage of trade or otherwise to disclose the truth*. I fail to appreciate the argument which would confine this duty to cases where such relationships already exist as those between banker and customer or seller and buyer. It does seem to me that in a country like Canada where such a large proportion of its business is carried on by credit evidenced by drafts and notes which are discounted by one or other of the chartered banks of the country the usages of trade which create the duty apply to all persons engaged in trade who are notified of the holding by one of these banks of a note or draft professing to be theirs. I cannot believe that such a duty would exist as between the bank and Ewing & Co. if the latter was a regular customer of the former and would not exist otherwise. It seems to me the duty naturally arises out of the usages of trade as they exist. Banks do not confine their discounts to those of their own customers only. It is known to every one engaged in trade that a large part of the bank's business consists in the discounting for its customers of commercial paper professing to be that of other merchants or traders. And when a business man receives such a notice from a bank as Ewing & Co. did in this case, if such notice contains information of a forgery and fraud being practised upon a bank, in the unauthorized use of the name of the person or persons notified, the latter are bound by every principle of justice and right dealing between man and man, and in accordance with the usages of trade, within reasonable time to give the bank notice of the fraud. Any other rule would seem to me to be fraught with grave danger; would generate want of confidence in the ordinary business relations of life and would offer a premium upon gross business negligence.

There is the question whether it is an implication of the decision in *Ewing* that there arose upon receipt of the notice from the bank a duty to determine whether the signature to the note was authorized, as well as a duty, upon learning of the forgery, to notify the bank of it, and that for this reason the decision lends support for a duty to examine bank statements and vouchers with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time. I think that the analysis of the duty in *Ewing* proceeded upon the assumption that Ewing & Co. knew the day they received

soit nécessaire pour créer l'obligation d'où naît la responsabilité si l'on y manque. La règle parle du *manquement à l'obligation de divulguer la vérité imposée à une personne par l'usage du commerce ou autrement*. Je ne saisis pas l'argument qui limiterait cette obligation aux cas où des relations comme celles entre banquier et client ou vendeur et acheteur existent déjà. Il me semble que, dans un pays comme le Canada où une grande proportion des affaires commerciales se font à crédit, l'ouverture de crédit étant constatée par des traites et des billets qui sont escomptés par l'une ou l'autre banque à charte du pays, les usages du commerce dont l'obligation procède s'appliquent à toute personne exerçant des activités commerciales qui est avisée qu'une de ces banques détient un billet ou une traite qu'elle a prétendument souscrite. Je ne puis croire qu'une telle obligation existerait entre la banque et Ewing & Co. si cette dernière était cliente habituelle de la banque, mais n'existerait dans aucun autre cas. À ce qu'il me semble, l'obligation en question résulte tout naturellement des usages commerciaux actuels. Les banques n'escomptent pas que les traites de leurs propres clients. Quiconque exerce des activités commerciales sait pertinemment que l'entreprise d'une banque consiste en grande partie à escompter pour ses clients des effets commerciaux censément émis par d'autres marchands ou négociants. Et quand un homme d'affaires reçoit d'une banque un avis semblable à celui reçu par Ewing & Co. en l'espèce, s'il se dégage de cet avis que la banque a été victime d'un faux et d'une fraude sous la forme de l'utilisation non autorisée du nom de la personne ou des personnes auxquelles l'avis a été signifié, les principes de justice et de l'honnêteté des transactions entre particuliers les obligent, conformément aux usages du commerce, à signaler la fraude à la banque dans un délai raisonnable. Toute autre règle, me semble-t-il, se révélerait fort dangereuse en ce sens qu'elle minerait la confiance dans les rapports commerciaux ordinaires et récompenserait la négligence grave en matière commerciale.

On s'est demandé s'il faut déduire de l'arrêt *Ewing* que, dès la réception de l'avis de la banque, il naissait une obligation de déterminer si la signature apposée sur le billet était autorisée, ainsi qu'une obligation, une fois qu'on apprenait la perpétration du faux, d'en informer la banque, et si, pour cette raison, l'arrêt appuie l'existence d'une obligation d'examiner avec un soin raisonnable les relevés bancaires et les pièces justificatives et de signaler toute anomalie dans un délai raisonnable. Quant à moi, j'estime d'une part que l'analyse faite de cette obligation dans l'arrêt *Ewing* repo-

the notice from the bank that their signature to the note was unauthorized and indeed had been forged, and that the duty that was being affirmed was the duty to notify the bank promptly of the forgery upon learning of it. There was no question of a failure to verify the genuineness of the signature with reasonable care or within a reasonable time. The breach of duty was the failure to notify the bank promptly of the forgery when such notification could have, in the opinion of the majority of the Court, saved the bank from at least part of the loss. It was the affirmation of a duty that arose upon the acquisition of actual knowledge of the forgery and not from imputed knowledge of it. Osler J.A. in the Court of Appeal (1904), 7 O.L.R. 90, whose judgment was affirmed by the majority in this Court, referred [at p. 97], in support of the applicable principle of estoppel, to the statement of Lord Watson in *M'Kenzie v. British Linen Co.*, *supra*, at p. 109: "It would be a most unreasonable thing to permit a man who knew the bank were relying upon his forged signature to a bill, to lie by and not to divulge the fact until he saw that the position of the bank was altered for the worse." Reference was made in both the Court of Appeal and this Court to *Leather Manufacturers' Bank*, but it appears to have been for its reliance on the statement concerning estoppel in *Freeman v. Cooke*, in particular, the notion of a duty imposed by usage of trade. Leave to appeal from the judgment of this Court was refused by the Privy Council, [1904] A.C. 806.

In *Greenwood, supra*, a customer of a bank who knew that his cheques had been forged was held to be estopped from setting up the forgeries against the bank because his failure to notify the bank promptly of the forgeries had caused the bank to lose its recourse against the forger. Lord Tomlin defined the conditions of estoppel by representation as follows at p. 57:

sait sur la supposition que Ewing & Co. savait, le jour où elle a reçu l'avis de la banque, que sa signature figurant sur la note n'était pas autorisée et avait en réalité été contrefaite, et d'autre part que l'obligation énoncée était celle d'aviser la banque promptement du faux dès qu'on savait qu'il avait eu lieu. Il ne s'agissait nullement d'une omission d'apporter un soin raisonnable à la vérification de l'authenticité de la signature ou de le faire dans un délai raisonnable. Le manquement consistait plutôt en l'omission de faire diligence en signalant le faux à la banque alors que, de l'avis de la Cour à la majorité, un tel avis aurait pu éviter à la banque au moins une partie de sa perte. Il s'agissait de la confirmation d'une obligation qui prenait naissance dès qu'on acquérait une connaissance réelle du faux et qui ne résultait pas d'une connaissance imputée. Le juge Osler de la Cour d'appel (1904), 7 O.L.R. 90, dont le jugement a été confirmé par cette Cour à la majorité, a mentionné [à la p. 97], à l'appui de l'application du principe de l'irrecevabilité, la déclaration de lord Watson dans l'arrêt *M'Kenzie v. British Linen Co.*, précité, à la p. 109: [TRADUCTION] «Il serait fort peu logique de permettre à un homme qui savait que la banque se fiait à sa signature contrefaite sur un effet de se croiser les bras et de ne révéler le faux qu'après avoir constaté que la situation de la banque a empiré.» Mention a été faite tant en Cour d'appel qu'en cette Cour de l'arrêt *Leather Manufacturers' Bank*, mais il semble que ce soit parce que cet arrêt reposait sur la déclaration concernant l'irrecevabilité figurant dans l'affaire *Freeman v. Cooke*, et en particulier sur la notion d'une obligation imposée par l'usage du commerce. L'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de cette Cour a été refusée par le Conseil privé, [1904] A.C. 806.

Dans l'affaire *Greenwood*, précitée, il a été jugé que le client d'une banque qui savait que ses chèques avaient été contrefaits n'était pas admis à établir faux contre la banque parce que son omission de l'en aviser promptement avait mis la banque dans l'impossibilité d'exercer son recours contre le faussaire. À la page 57, lord Tomlin a défini ainsi les conditions de la fin de non-recevoir fondée sur une déclaration:

The essential factors giving rise to an estoppel are I think:—

(1.) A representation or conduct amounting to a representation intended to induce a course of conduct on the part of the person to whom the representation is made.

(2.) An act or omission resulting from the representation, whether actual or by conduct, by the person to whom the representation is made.

(3.) Detriment to such person as a consequence of the act or omission.

Mere silence cannot amount to a representation, but when there is a duty to disclose deliberate silence may become significant and amount to a representation.

In the Court of Appeal, [1932] 1 K.B. 371, Scrutton L.J., in referring to the “mutual” duties of customer and banker in the giving and execution of the mandate that were affirmed in *Macmillan*, said at p. 381: “This, in my view, involves a continuing duty on either side to act with reasonable care to ensure the proper working of the account.” But the duty of the customer that was affirmed by both the Court of Appeal and the House of Lords in *Greenwood* was a duty that arose upon learning of a forgery. Scrutton L.J. said at p. 381: “This, I think, would involve a corresponding duty on the customer, if he became aware that forged cheques were being presented to his banker, to inform his banker in order that the banker might avoid loss in the future.” Lord Tomlin said at pp. 57-58: “The existence of a duty on the part of the customer of a bank to disclose to the bank his knowledge of such a forgery as the one in question in this case was rightly admitted.” The case does not afford support for the view that an estoppel should arise where the customer has the means, by the exercise of reasonable care, to acquire knowledge of the forgery but fails to do so. It should perhaps also be noted that both the Court of Appeal and the House of Lords rejected the contention, based on a passage in Paget, *The Law of Banking* (4th ed. 1930), citing American authority, that a banker cannot rely on estoppel “when the loss is attributable, even in part, to his own negligence; as where he has failed to detect an obvious forgery or alteration.” A distinction was drawn between the cause of the loss resulting from

[TRADUCTION] Les facteurs essentiels pour fonder une fin de non-recevoir sont, je pense, les suivants:—

(1.) Une affirmation, ou une conduite y équivalant, qui a pour but d'inciter la personne à qui elle est faite à adopter une certaine ligne de conduite.

(2.) Une action ou une omission résultant de l'affirmation, en paroles ou en actes, de la part de la personne à qui l'affirmation est faite.

(3.) Un préjudice causé à cette personne en conséquence de cette action ou omission.

Le simple silence ne peut équivaloir à une affirmation, mais lorsqu'il existe une obligation de divulguer, le silence volontaire peut prendre de l'importance et constituer une affirmation.

En Cour d'appel, [1932] 1 K.B. 371, le lord juge Scrutton, en parlant des obligations [TRADUCTION] «réciproques» du client et du banquier dans la constitution et l'exécution du mandat, énoncées dans l'arrêt *Macmillan*, a dit, à la p. 381: [TRADUCTION] «Cela implique, selon moi, une obligation permanente de part et d'autre d'agir avec une diligence raisonnable afin d'assurer le bon fonctionnement du compte.» Toutefois, l'obligation du client énoncée par la Cour d'appel et la Chambre des lords dans l'affaire *Greenwood* prenait naissance dès qu'on apprenait la perpétration du faux. Le lord juge Scrutton a affirmé, à la p. 381: [TRADUCTION] «À mon avis, cela entraînerait une obligation corrélative chez le client, s'il se rendait compte qu'on présentait des chèques contrefaits à son banquier, d'en informer celui-ci pour qu'il puisse éviter des pertes futures.» Lord Tomlin a dit, aux pp. 57 et 58: [TRADUCTION] «C'est à bon droit qu'on a reconnu l'existence d'une obligation qui incombe au client d'une banque de communiquer à cette dernière la connaissance qu'il a de la perpétration d'un faux comme celui dont il s'agit en l'espèce.» Cet arrêt n'appuie pas le point de vue selon lequel on devrait pouvoir invoquer une fin de non-recevoir lorsque le client dispose des moyens, en faisant preuve d'une diligence raisonnable, de se mettre au courant du faux, mais ne le fait pas. Il convient peut-être de faire remarquer en outre qu'aussi bien la Cour d'appel que la Chambre des lords ont rejeté l'argument, fondé sur un passage figurant dans Paget, *The Law of Banking* (4th ed. 1930), qui cite de la jurisprudence américaine,

the payment of forged cheques and the cause of the loss of the bank's recourse against the forger, and Scrutton L.J. observed at p. 384: "The American authority is explained by the fact that the United States law has gone much further than the English as to the mutual duties of banker and customer."

In *Fung Kai Sun v. Chan Fui Hing*, [1951] A.C. 489, which involved forged mortgages, the Privy Council held, on the authority of *M'Kenzie* and *Ewing*, that the principle of estoppel by silence, where there is a duty to speak, applied to a case in which there was no contractual relationship between the parties, but that in the particular circumstances the respondents were not estopped because the appellant had not established detriment. Referring to the nature of the duty that arises in such a case, even in the absence of a contractual relationship, Lord Reid said at p. 501: "It is quite true that there was no duty in the sense that failure to perform it would be a tort or a ground for an action of damages. But it is well established that silence can in some cases give rise to an estoppel without there having been a duty in that sense . . ." That he understood the duty, however, to be one that arises upon knowledge of a forgery is indicated by the following statement on the same page: "It is unnecessary to enter on any general consideration of the basis of this kind of duty because there is cogent authority in favour of there being a duty of this kind on a person who becomes aware that another person holds a forged deed which purports to be signed by him, and there does not appear to be any direct authority to the contrary effect." Lord Reid then referred to *M'Kenzie* and *Ewing*, among other cases.

selon lequel un banquier ne saurait soulever une fin de non-recevoir [TRADUCTION] «lorsque la perte est imputable, même en partie, à sa propre négligence: par exemple, quand il n'a pas décelé un faux ou une falsification manifestes». Une distinction a été faite entre la cause d'une perte résultant du paiement de chèques contrefaits et la cause de la perte du recours de la banque contre le faussaire, et le lord juge Scrutton a fait remarquer, à la p. 384: [TRADUCTION] «La jurisprudence américaine s'explique par le fait que, en ce qui concerne les obligations réciproques du banquier et du client, le droit des États-Unis va beaucoup plus loin que celui d'Angleterre.»

Dans l'affaire *Fung Kai Sun v. Chan Fui Hing*, [1951] A.C. 489, où il était question d'actes d'hypothèque contrefaits, le Conseil privé, s'appuyant sur les arrêts *M'Kenzie* et *Ewing*, a conclu que le principe de l'irrecevabilité fondée sur le silence, là où il y a obligation de parler, s'appliquait dans un cas où il n'y avait pas de relations contractuelles entre les parties, mais que dans les circonstances particulières on ne pouvait opposer aux intimés une fin de non-recevoir parce que l'appelant n'avait prouvé qu'un préjudice. Sur la nature de l'obligation qui existe dans un cas semblable, même en l'absence de relations contractuelles, lord Reid a dit, à la p. 501: [TRADUCTION] «Certes, il n'y avait pas d'obligation en ce sens que l'omission de s'en acquitter aurait constitué un délit civil ou le fondement d'une action en dommages-intérêts. Cependant, il est bien établi que le silence peut dans certaines situations donner lieu à une fin de non-recevoir sans qu'il n'y ait eu d'obligation au sens déjà mentionné . . .» Que lord Reid considérait toutefois l'obligation comme prenant naissance dès qu'on apprenait la perpétration d'un faux ressort de la déclaration suivante à la même page: [TRADUCTION] «Point n'est besoin d'entreprendre une étude générale du fondement de ce genre d'obligation, car une jurisprudence convaincante établit l'existence d'une obligation de ce genre incombant à quiconque se rend compte qu'une autre personne détient un titre contrefait censément revêtu de sa signature et il paraît n'y avoir aucun précédent qui dit expressément le contraire.» Lord Reid s'est référé ensuite aux arrêts *M'Kenzie* et *Ewing*, entre autres.

The Canadian position with respect to the verification of bank statements, prior to *Arrow Transfer*, was established by the judgment of Middleton J. in *Columbia Graphophone Co. v. Union Bank of Canada*, *supra*. It recognized the binding effect of a verification agreement, but held, referring with approval to *Kepitigalla*, that in the absence of knowledge of forgeries a customer was not estopped from setting up forgeries against his bank by his failure to notify the bank of discrepancies following receipt of his bank statement and vouchers. The case involved a series of forgeries and the skilful concealment of them by a confidential clerk over a period of several months. The clerk had been left in control of the bank statements and vouchers. Because of the importance of verification agreements in Canadian banking practice I quote, as an illustration, the form of agreement which was held to be binding on the customer in *Columbia Graphophone*:

The undersigned customer of the Union Bank of Canada hereby acknowledges receipt of his pass-book or statement of current account, shewing a balance to the end of the month, May 30, 1914, of \$1,598.50 at credit, together with vouchers for all debit items against the undersigned appearing therein since the date of the last statement of account; and, for valuable consideration, the undersigned agrees with the said bank that he will, within ten days from the date hereof, examine the said vouchers and check the debit and credit entries in the said pass-book or statement of account (and especially all debit entries purporting to be represented by such vouchers), and will in writing point out to the said bank any errors therein, and from and after the expiration of the said period of ten days, except as to improper charges or errors previously pointed out, it shall be conclusively settled as between the bank and the undersigned that the vouchers in respect of all such debit items are genuine and properly chargeable to and charged against the undersigned, and that the undersigned was not entitled to be credited with any sum not credited in the said pass-book or statement of account.

With respect to the binding effect of such an acknowledgment or agreement, which has the effect of creating a stated or settled account, Middleton J. said at p. 332:

La situation au Canada relativement à la vérification de relevés bancaires avant l'arrêt *Arrow Transfer* avait été établie par le juge Middleton dans la décision *Columbia Graphophone Co. v. Union Bank of Canada*, précitée. On y a reconnu qu'un accord de vérification liait les parties mais on a conclu, en approuvant la décision *Kepitigalla*, que, si un client n'était pas au courant des faux, son omission de signaler toute irrégularité constatée à la réception de son relevé bancaire et des pièces justificatives ne venait pas l'empêcher d'opposer les faux à sa banque. Dans cette affaire, il s'agissait d'une série de faux perpétrés par un commis de confiance au cours d'une période de plusieurs mois et habilement dissimulés par lui. On avait donné au commis la charge de s'occuper des relevés bancaires et des pièces justificatives. En raison de l'importance que revêtent les accords de vérification dans la pratique bancaire canadienne, je cite, à titre d'illustration, la forme de l'accord par lequel, a-t-on jugé, le client était lié dans l'affaire *Columbia Graphophone*:

[TRADUCTION] Le client soussigné de l'Union Bank of Canada accuse par les présentes réception de son carnet de banque ou de son relevé de compte courant, indiquant à la fin du mois, le 30 mai 1914, un solde créditeur de 1 598,50 \$, et de pièces justificatives pour toutes les sommes y figurant portées au débit de son compte depuis la date du dernier relevé de compte; et, à titre onéreux, le soussigné s'engage envers ladite banque, dans les dix jours de la date des présentes, à examiner lesdites pièces justificatives et à vérifier les sommes inscrites au débit et au crédit sur ledit carnet de banque ou relevé de compte (et, en particulier, toutes les inscriptions débitrices censément représentées par lesdites pièces justificatives); le soussigné s'engage en outre à signaler par écrit à ladite banque toute erreur relevée et, à partir de l'expiration dudit délai de dix jours, sauf en ce qui concerne les frais indus ou les erreurs déjà signalées, il sera définitivement établi en ce qui concerne la banque et le soussigné que les pièces justificatives afférentes aux débits susmentionnés sont authentiques et que les sommes y figurant peuvent être et ont été à juste titre portées au débit du soussigné et que le soussigné n'avait le droit d'être crédité d'aucune somme qui n'a pas été portée à son crédit sur ledit carnet de banque ou sur ledit relevé de compte.

Au sujet de l'effet obligatoire d'une telle reconnaissance ou d'un tel accord créant un compte puré ou soldé, le juge Middleton a dit, à la p. 332:

I can see no reason why these acknowledgments and agreements should not bind the customer. They were intended to be real agreements and to define the relation between the parties, and, I think, relieve the bank from all liability down to the 30th May, 1914.

With respect to the forgeries not covered by the verification agreement, Middleton J. rejected the contention "that the rendering of the accounts, and the handing over of the vouchers, with the request for an immediate examination, and the request for the signature of such an acknowledgment each month, and the failure of the customer to make any complaints, preclude it from now objecting to the items charged." He said that "it is a matter of no importance that the customer has so conducted his business as to render forgery by a clerk easy", and emphasized that the duty, the breach of which may result in an estoppel by representation, will only arise upon acquiring knowledge of a forgery or alteration. On this point he said at pp. 333-34:

Any conduct on the part of the customer after he has knowledge that a forged cheque has been issued or that a genuine cheque has been altered, which is calculated to mislead or deceive the banker, or which will facilitate the commission of a fraud upon the banker, will preclude the customer from asserting that his signature is not genuine; but all these cases rest upon the existence of a duty or obligation which it is assumed arises from the knowledge of the existence of the forged document. This duty or obligation arises generally from the contractual relationship of the parties, but the Supreme Court of Canada found that it may also arise, when there is no contractual relation, from moral and commercial obligation: *Ewing v. Dominion Bank* (1904), 35 S.C.R. 133, [1904] A.C. 806.

With respect to the issue of policy, Middleton J. said at p. 334:

Here the case is in one aspect a hard one on the bank, but the bank could have protected itself in any one of three ways. It might have, in the first place, insisted upon a contract with the customer imposing upon him the duty to state accounts monthly and to accept as genuine all items not objected to in a reasonable time—

[TRADUCTION] Je ne vois pas pourquoi ces reconnaissances et ces ententes ne devraient pas lier le client. Elles constituaient de véritables accords et étaient destinées à définir les relations entre les parties et, à mon avis, à dégager la banque de toute responsabilité jusqu'au 30 mai 1914.

Pour ce qui est des faux non visés par l'accord de vérification, le juge Middleton a écarté l'argument selon lequel [TRADUCTION] «la reddition des comptes et la remise des pièces justificatives avec la demande de procéder immédiatement à leur examen et de signer chaque mois une telle reconnaissance, et le fait que le client n'a pas formulé de plainte, viennent l'empêcher de contester maintenant les sommes portées à son débit». Il a dit [TRADUCTION] «[qu'] il n'importe pas que le client ait mené ses affaires de manière à faciliter les faux d'un commis», et il a souligné que l'obligation qui peut en cas de manquement donner lieu à une fin de non-recevoir fondée sur une déclaration, ne prendra naissance que lorsqu'on apprend qu'il y a eu faux ou falsification. Sur ce point il a affirmé, aux pp. 333 et 334:

[TRADUCTION] Toute conduite d'un client, à partir du moment où il sait qu'un chèque contrefait a été émis ou qu'un chèque authentique a été falsifié, qui est destinée à induire le banquier en erreur ou à le tromper, ou qui facilitera la perpétration d'une fraude contre le banquier, viendra empêcher le client d'alléguer que sa signature n'est pas authentique; mais toute cette jurisprudence repose sur l'existence d'un devoir ou d'une obligation qui, on le suppose, découle de la connaissance de l'existence du document contrefait. Ce devoir ou cette obligation résulte d'une manière générale des relations contractuelles entre les parties, mais la Cour suprême du Canada a conclu que, même en l'absence de relations contractuelles, ceux-ci peuvent naître d'une obligation morale et commerciale: *Ewing v. Dominion Bank* (1904), 35 R.C.S. 133, [1904] A.C. 806.

Le juge Middleton a dit relativement à la question de la politique générale, à la p. 334:

[TRADUCTION] En l'espèce, il y a d'une certaine façon une injustice envers la banque, mais elle disposait de trois moyens de se protéger. En premier lieu, elle aurait pu tenir à ce que le client signe un contrat lui imposant l'obligation de vérifier ses comptes mensuellement et d'accepter comme authentique toute inscription qu'il ne

or it might have insisted upon the regular signature of the monthly acknowledgments—or it might have delivered the statements and vouchers into the hands of the manager, instead of to the fraudulent clerk.

The binding effect of verification agreements was recognized in several cases after *Columbia Graphophone*, indicating that they had become a well established part of Canadian banking practice. See *Rutherford v. Royal Bank of Canada*, [1932] S.C.R. 131; *Mackenzie v. Imperial Bank of Canada*, [1938] O.W.N. 166; *B. and G. Construction Co. v. Bank of Montreal*, [1954] 2 D.L.R. 753; *Banque Provinciale du Canada v. Syndicat des Camionneurs Artisans du Québec Métropolitain*, [1970] C.A. 425 (1969), 11 D.L.R. (3d) 610; and *Bad Boy Appliances and Furniture Ltd. v. Toronto-Dominion Bank* (1972), 25 D.L.R. (3d) 257. These cases were cited in the judgment of this Court in *Arrow Transfer Co. v. Royal Bank of Canada*, *supra*, to which I referred earlier in these reasons and to which I now turn for a more detailed consideration.

V

In *Arrow Transfer*, the chief accountant of the customer forged the signature of signing officers on seventy-three cheques of the company over a period of five years and managed to conceal the forgeries for that length of time. The customer had signed a verification agreement undertaking to verify the correctness of each bank statement and to notify the bank within a specified period of “any alleged omissions from or debits wrongly made to or inaccurate entries in the account as so stated” and agreeing that at the end of the specified period “the account as kept by the Bank shall be conclusive evidence without any further proof that except as to any alleged errors so notified and any payments made or forged or unauthorized endorsements the account contains all credits that should be contained therein and no debits that should not be contained there and all the entries therein are correct and subject to the above exception the Bank shall be free from all claims in respect of the account.” The customer failed to give the bank notice of all but the last of the forgeries within the

contestait pas dans un délai raisonnable; elle aurait pu exiger en outre que les reconnaissances mensuelles soient systématiquement signées; ou encore, elle aurait pu remettre les relevés et les pièces justificatives au directeur au lieu de les donner au commis malhonnête.

L'effet obligatoire des accords de vérification a été reconnu dans plusieurs décisions postérieures à l'affaire *Columbia Graphophone*, ce qui révèle qu'ils étaient devenus fermement enracinés dans la pratique bancaire canadienne. Voir *Rutherford v. Royal Bank of Canada*, [1932] R.C.S. 131; *Mackenzie v. Imperial Bank of Canada*, [1938] O.W.N. 166; *B. and G. Construction Co. v. Bank of Montreal*, [1954] 2 D.L.R. 753; *Banque Provinciale du Canada c. Syndicat des Camionneurs Artisans du Québec Métropolitain*, [1970] C.A. 425 (1969), 11 D.L.R. (3d) 610; et *Bad Boy Appliances and Furniture Ltd. v. Toronto-Dominion Bank* (1972), 25 D.L.R. (3d) 257. Ces précédents ont été cités dans les motifs de la majorité en cette Cour dans l'affaire *Arrow Transfer Co. c. Banque Royale du Canada*, précitée, dont j'ai déjà parlé et que je vais examiner plus en détails.

V

Dans l'affaire *Arrow Transfer*, le comptable en chef du client avait, sur une période de cinq ans, contrefait la signature de signataires autorisés sur soixante-treize chèques de la société et il a pu dissimuler les faux pendant tout ce temps. Le client avait signé un accord de vérification dans lequel il s'engageait à vérifier l'exactitude de chaque relevé bancaire et à signaler à la banque dans un délai déterminé «toute omission, tout débit erroné ou toute écriture inexacte qui, selon lui, figure dans l'état de compte». Le client convenait en outre qu'à l'expiration de ce délai, [TRADUCTION] «le compte, tel qu'arrêté par la Banque, établira d'une façon concluante, sans qu'une autre preuve soit requise, qu'à l'exception des erreurs alléguées ainsi notifiées et de paiements faits sur endossements faux ou non autorisés, le compte renferme tous les crédits qui devraient y figurer et ne renferme aucun débit qui ne devrait pas y figurer et que toutes les écritures y figurant sont exactes; sous réserve de l'exception susdite, la Banque sera exonérée de toute responsabilité à

specified period. The issue on which there was a difference of opinion in the Court between the majority (Abbott, Martland, Ritchie and Spence JJ.) and Laskin J. (as he then was), who concurred in the result but for different reasons, was whether the words "debits wrongly made" in the verification agreement contemplated entries for the payment of cheques on which the drawer's signature had been forged. The majority held that they did. They drew support for this conclusion from the express exception for forged endorsements. Laskin J. was of the view that the verification agreement was not sufficiently clear or explicit to cover cheques on which the signature of the customer had been forged. Since the majority were of the view that the verification agreement was a complete answer to the customer's claim against the drawee bank for the amount of the seventy-two forged cheques of which it had failed to give the bank the required notice, they did not have to deal with the question addressed by Laskin J.—whether the customer was also precluded by negligence from setting up the forgeries against the bank. In the course, however, of the judgment which he delivered for the majority, Martland J. said at p. 851: "In the absence of the verification agreement, a bank which debited a customer's account in respect of a forged cheque would be liable to him." It was argued in this Court whether this statement necessarily implied a rejection of the view adopted by Laskin J., that even in the absence of an applicable verification agreement the customer owes a duty to his bank to examine his bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time. As I indicated earlier in these reasons, I do not think that this brief statement by Martland J., which was not necessary to the disposition of the appeal and makes no allusion to other possible bases for preclusion, such as estoppel, can have been intended to be the expression of a considered opinion on the issue raised by Laskin J. We are not, therefore, as I said earlier, prevented by the judgment of the majority in *Arrow Transfer* from considering whether, as suggested by Laskin J., a customer owes a duty to his bank, in the absence of a verification agreement, to examine bank state-

l'égard du compte.» Le client n'a signalé à la banque dans le délai prévu aucun des faux, si ce n'est le dernier. La question sur laquelle il y a eu désaccord en cette Cour entre la majorité, composée des juges Abbott, Martland, Ritchie et Spence, et le juge Laskin (alors juge puîné), qui est arrivé au même résultat mais pour des motifs différents, était de savoir si l'expression «tout débit erroné» figurant dans l'accord de vérification visait les inscriptions afférentes au paiement de chèques sur lesquels on avait contrefait la signature du tireur. La majorité a répondu par l'affirmative. Elle fondait cette conclusion sur l'exception expresse à l'égard des endossements contrefaits. Le juge Laskin pour sa part a estimé que l'accord de vérification n'était ni assez clair ni assez explicite pour s'appliquer à des chèques sur lesquels la signature du client avait été contrefaite. Puisque les juges composant la majorité ont été d'avis que l'accord de vérification constituait un moyen de défense absolu contre l'action intentée par le client contre la banque (la tirée) visant à recouvrer du montant des soixante-douze chèques contrefaits à l'égard desquels ce client avait omis de donner à la banque l'avis requis, ils n'avaient pas à se pencher sur la question étudiée par le juge Laskin de savoir si la négligence du client venait également l'empêcher d'opposer les faux à la banque. Toutefois, dans les motifs qu'il a prononcés pour la majorité, le juge Martland a dit, à la p. 851: «En l'absence d'un accord de vérification, la banque qui porterait le montant d'un faux chèque au débit du compte d'un client serait responsable envers ce dernier.» On a débattu en cette Cour la question de savoir si cette déclaration emportait nécessairement le rejet du point de vue du juge Laskin selon lequel, même en l'absence d'un accord de vérification applicable, le client est tenu envers sa banque d'examiner ses relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute anomalie dans un délai raisonnable. Comme je l'ai indiqué précédemment, je ne crois pas que cette brève déclaration du juge Martland, qui n'était pas nécessaire au règlement du pourvoi et qui n'évoque pas d'autres fondements possibles d'irrecevabilité, telle la fin de non-recevoir, ait voulu être l'expression d'une opinion motivée sur la question soulevée par le juge Laskin. Par consé-

ments with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time.

After his reference to the American law on this question, and his statement, "I do not think it is too late to fasten upon bank customers in this country a duty to examine bank statements with reasonable care and to report account discrepancies within a reasonable time", Laskin J. disposed of the issue of negligence on what appears to have been the basis of a broader duty of care, comparable to that affirmed by Montgomery J. in the present case. He said at pp. 874-75:

The facts found in the present case go, however, beyond any failure to meet the duty that I have suggested, and hence make it unnecessary for me to determine how many of the forgeries would have to be borne by the bank by reason of a breach of duty which arose only in relation to the submission of statements of accounts to the appellant. The trial judge absolved the bank of any negligence in relation to the forgeries, which were skillfully executed, and dealing with the appellant's conduct of its business, he made the following findings:

The plaintiff employed a person they knew had been found to be untrustworthy in the past and placed him in a position of complete trust where no one checked upon his work adequately. The procedures followed by the plaintiff and its auditors were inadequate to discover the fraud and to discover that its books had not balanced for a number of years. Cheques remain today in which the duplicate shows one payee and the original another. The accounts payable had not balanced for years. In each of the months in which there was a forged cheque Mr. Seear was permitted to extract the cheque and complete the balancing. He was a very personable fellow, well trained in accounting. If the plaintiff had employed proper procedures it seems reasonable to expect that it would have discovered some of the forgeries, that its bank's returns did not balance in many months, that its accounts payable did not balance, or that its cheques were not in accordance with the duplicate register. One would

quent, comme je l'ai déjà dit, le jugement de la majorité dans l'affaire *Arrow Transfer* ne nous empêche pas d'examiner si, comme l'a dit le juge Laskin, un client à l'obligation envers sa banque, en l'absence d'un accord de vérification, d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable.

Après avoir traité du droit américain dans ce domaine et après avoir dit: «Je ne crois pas qu'il soit trop tard pour imposer aux clients des banques, dans notre pays, l'obligation d'examiner avec une diligence raisonnable les états bancaires et de signaler dans un délai raisonnable les irrégularités qui y figurent», le juge Laskin a tranché la question de la négligence en fonction de ce qui paraît avoir été une obligation de diligence de portée plus large comparable à celle énoncée par le juge Montgomery en l'espèce. Le juge Laskin a affirmé, aux pp. 874 et 875:

Toutefois, en l'espèce, les faits constatés montrent plus qu'un défaut de remplir l'obligation que j'ai proposée, et il est donc inutile que je détermine le nombre de faux à l'égard desquels la responsabilité de la banque serait retenue à la suite d'un manquement à une obligation se rapportant uniquement à l'envoi d'états de compte à l'appelante. Le juge de première instance a considéré que la banque n'avait commis aucune négligence en ce qui concerne les faux, habilement exécutés; au sujet de la façon dont l'appelante gérait ses affaires, il a tiré les conclusions suivantes:

(TRADUCTION) La demanderesse a engagé une personne qui, à sa connaissance, avait déjà été trouvée déloyale et l'a affectée à un poste de confiance absolue où personne n'a vérifié d'une façon suffisante son travail. Les procédures suivies par la demanderesse et par ses vérificateurs n'ont pas permis de découvrir la fraude et de découvrir que ses livres ne balançaient pas depuis un certain nombre d'années. Il y a encore des chèques à l'égard desquels le double indique un bénéficiaire et l'original un autre. Les dettes passives ne balançaient pas depuis des années. Pour chaque mois au cours duquel il a eu un faux chèque, M. Seear a pu retirer le chèque et faire balancer les livres. C'était un homme qui se présentait bien, qui avait beaucoup d'expérience en comptabilité. Si la demanderesse avait utilisé de bonnes procédures, on peut raisonnablement présumer qu'elle aurait découvert qu'il y avait eu des faux, que les relevés de la banque ne balançaient pas depuis plusieurs mois, que ses

have expected that in an organization handling money in the amounts that this plaintiff handled, no person would be so wholly entrusted with responsibility that no other person's duties would involve a check upon him. In this case the plaintiff knew that the person in that position had been discharged from his former employment because it was found that he could not be trusted.

On these findings, relating as they do to the particular facts of this case, I am of the opinion that the appellant is precluded from claiming against the Royal Bank on any of the seventy-two cheques which are the subject of its action.

The implication of this passage, as I read it, is that Laskin J. was of the view that not only did the customer have a duty to examine its bank statements and vouchers with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time, but that it also had a wider duty to carry on its business in such a way as to maintain proper supervision, verification and other internal controls for the prevention and detection of forgery in the drawing of its cheques. The opinion did not, however, explore the issues concerning the legal basis for either duty. The basis for a wider duty of care in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of a customer's cheques was very fully canvassed in the judgments of the Hong Kong Court of Appeal and the Privy Council in *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 555 (C.A.), [1986] 1 A.C. 80 (P.C.), to which I now turn.

VI

Tai Hing involved a pattern of forgery and concealment of it by an employee of a corporate customer comparable to that in *Arrow Transfer* and in the present case, although it extended over a longer period and resulted in greater loss. An accounts clerk of the textile company forged the signature of the managing director of the company on some three hundred cheques totalling approximately HK\$5.5 million. The forgeries extended over the period November 1974 to May 1978 and were not discovered until the end of that period

dettes passives ne balançaient pas ou que ses chèques ne correspondaient pas à la copie du registre. On pourrait s'attendre que dans un organisme appelé à manier autant d'argent que la demanderesse, aucun employé ne jouisse d'une si grande confiance que personne d'autre ne soit chargé de vérifier son travail. En l'espèce, la demanderesse savait que le titulaire de ce poste avait déjà été congédié parce qu'on s'était aperçu qu'on ne pouvait lui faire confiance.

b Eu égard à ces conclusions, qui portent sur les circonstances particulières de l'espèce, je suis d'avis que l'appellante n'est pas admise à faire une réclamation contre la Banque Royale à l'égard de l'un ou l'autre des soixante-douze chèques qui font l'objet de son action.

c Selon mon interprétation de ce passage, le juge Laskin a été d'avis que non seulement le client avait une obligation d'examiner ses relevés bancaires et les pièces justificatives avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable, mais il avait aussi une obligation plus large de gérer ses affaires de manière à assurer l'existence d'une surveillance et d'une vérification adéquates ainsi que d'autres contrôles internes pour prévenir et détecter les faux dans le tirage de ses chèques. L'opinion du juge Laskin n'approfondit toutefois pas les questions concernant le fondement juridique de ces obligations. Le fondement d'une obligation de diligence de portée plus large en matière de prévention et de détection des faux dans le tirage des chèques d'un client a fait l'objet d'une analyse très fouillée dans les arrêts de la Cour d'appel de Hong Kong et du Conseil privé dans l'affaire *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 555 (C.A.), [1986] 1 A.C. 80 (P.C.), à laquelle je viens maintenant.

VI

h Dans l'affaire *Tai Hing*, il s'agissait d'une série de faux et de dissimulations de ces faux par un employé d'une société. La situation était semblable à celle dans l'affaire *Arrow Transfer* et à celle en l'espèce, quoiqu'elle se soit prolongée sur une période plus longue et ait entraîné des pertes plus lourdes. Un commis à la comptabilité de la société textile en question a contrefait la signature du directeur général de cette société sur environ trois cents chèques dont les montants s'élevaient à quelque 5,5 millions de dollars (HK). Les faux ont été

because of inadequate internal controls. The company instituted an action for a declaration that the three banks involved were not entitled to debit its accounts for the payment of the forged cheques. The banks contended that the company was precluded from setting up the forgeries by the breach of a duty of care owing to the banks. The banks relied on what was referred to as the "wider duty"—"to take such precautions as a reasonable customer in his position would take to prevent forged cheques being presented to his bank for payment"—and also on what was referred to as the "narrower duty"—"to take such steps to check his monthly bank statements as a reasonable customer in his position would take to enable him to notify the bank of any items debited therefrom which were not or may not have been authorized by him": [1984] 1 Lloyd's Rep. 555 at p. 556. Reliance was also placed on the customer's agreement at the time of opening the accounts to comply with the banks' rules and procedures governing the conduct of the accounts. In each case there was a rule to the general effect that upon failure to notify the bank within a specified period of any error in the bank statement, which was sent to the customer without return of the cancelled cheques, the statement would be deemed to be approved or confirmed. These provisions were referred to by the Court of Appeal as the "express terms of business" and by the Privy Council as the "express conditions". I shall refer to them as the "express agreements".

Both duties were rejected by the trial judge as unsupported by the authority that was binding on him, but he found as a fact that, if such duties existed, the customer was in breach of them, and that finding of fact was not challenged. The trial judge also held that the express agreements did not have the effect by themselves of precluding the customer from setting up the forgeries. Despite, however, the absence of either of the duties con-

commis au cours de la période de novembre 1974 à mai 1978 mais, en raison du caractère inadéquat des contrôles internes, n'ont été découverts qu'à la fin de cette période. La société a intenté une action pour faire déclarer que les trois banques en cause n'avaient pas le droit de débiter ses comptes pour effectuer le paiement des chèques contrefaits. Les banques ont fait valoir que la société avait manqué à son obligation de diligence envers elles et ne pouvait en conséquence invoquer les faux. Elles se sont appuyées sur ce qui a été appelée une [TRADUCTION] «obligation de portée plus large», savoir celle [TRADUCTION] «de prendre les précautions que prendraient un client raisonnable à sa place pour empêcher que des chèques contrefaits ne soient présentés à sa banque pour paiement», et aussi sur ce qu'on a appelé une [TRADUCTION] «obligation de portée plus restreinte», qui consiste à [TRADUCTION] «prendre les mesures qu'un client raisonnable à sa place prendrait pour vérifier ses relevés bancaires mensuels afin qu'il puisse signaler à la banque toute somme portée à son débit qu'il n'a pas autorisé ou a pu ne pas avoir autorisé le débit»: [1984] 1 Lloyd's Rep. 555, à la p. 556. On s'est appuyé en outre sur le fait que le client s'était engagé lors de l'ouverture des comptes à se conformer aux règles et aux procédures établies par les banques relativement à l'administration des comptes. Il existait dans chaque cas une règle portant en substance que l'omission de signaler à la banque dans un délai déterminé toute erreur figurant sur le relevé bancaire, qui était envoyé aux clients sans les chèques payés, aurait pour effet que le relevé serait réputé approuvé ou confirmé. Ces stipulations ont été qualifiées par la Cour d'appel de [TRADUCTION] «termes exprès des affaires» et par le Conseil privé de [TRADUCTION] «conditions expresses». Pour ma part, je les appelle les «accords exprès».

Le juge de première instance a écarté l'une et l'autre obligations parce que la jurisprudence par laquelle il était liée ne les appuyait pas, mais il a conclu que, s'il existait de telles obligations, le client y avait manqué, conclusion qui est restée incontestée. Le juge a conclu en outre que les accords exprès par eux-mêmes ne venaient pas empêcher le client d'invoquer les faux. Toutefois, malgré l'absence des deux obligations alléguées

tended for by the banks, and the lack of conclusive effect in the express agreements, the trial judge held that the customer was estopped by its conduct, following receipt of its bank statements, from setting up the forgeries against two of the banks. He held that the failure of the customer to object to debits following receipt of its bank statements amounted to a representation that the debits were correct on which two of the banks relied to their detriment. The judgment of the trial judge, which is apparently not reported, is more fully referred to on this point by the Privy Council than by the Court of Appeal: [1986] 1 A.C. 80 at p. 100.

On the appeal from this judgment, the Hong Kong Court of Appeal (Cons and Fuad J.J.A. and Hunter J.), [1984] 1 Lloyd's Rep. 555, held that apart from any express agreement a customer owed a duty to his bank to take reasonable care to see that in the operation of his account the bank was not injured. The Court held that the duty arose both as an implied term of the contract between the banker and customer and as a duty of care in tort because of the relationship of proximity between them. It further held that the duty was a general one, applicable to all customers regardless of their nature or size. Referring to the judgment of Montgomery J. in the present case, which he quoted in support of his general conclusion, Cons J.A. said at p. 564: "A factor that seems to have carried great weight with the learned Judge is that the customer was a large and 'sophisticated commercial customer'. With every respect, it seems to me that the existence or otherwise of a general duty of this kind ought not to depend upon the nature of the customer's business." The Court held that, whether on the basis of breach of duty or on the basis of estoppel, the customer was precluded from setting up the forgeries against the banks. Cons J.A. was of the view that the customer was also precluded from setting up the forgeries by the express agreements. Hunter J., with whom Fuad J.A. concurred on this point, took a different view of the effect of these agreements.

par les banques et le caractère non concluant des accords exprès, le juge de première instance a estimé que la conduite du client après réception de ses relevés bancaires l'empêchait d'opposer les faux à deux des banques en cause. Selon lui, l'omission du client de contester des débits après avoir reçu ses relevés bancaires équivalait à une reconnaissance de l'exactitude des débits sur lesquels deux des banques s'étaient fondées à leur détriment. Sur ce point, le Conseil privé puise plus abondamment que la Cour d'appel dans la décision de première instance, apparemment inédite: [1986] 1 A.C. 80, à la p. 100.

La décision de première instance a été portée en appel et la Cour d'appel de Hong Kong composée des juges d'appel Cons, Fuad et du juge Hunter, [1984] 1 Lloyd's Rep. 555, a conclu que, indépendamment de tout accord exprès, un client a une obligation envers sa banque de faire preuve d'une diligence raisonnable afin de s'assurer que son compte ne soit pas utilisé de manière à léser la banque. La cour a conclu que cette obligation existait à la fois en tant que condition implicite du contrat intervenu entre le banquier et son client et en tant qu'obligation de diligence en matière délictuelle découlant du caractère étroit des rapports entre eux. Elle a conclu en outre qu'il s'agissait d'une obligation générale applicable à tous les clients peu importe leur nature ou leur importance. Se référant à la décision du juge Montgomery en l'espèce, qu'il a citée à l'appui de sa conclusion générale, le juge Cons de la Cour d'appel a dit, à la p. 564: [TRADUCTION] «Un élément qui semble avoir pesé lourd dans l'esprit du savant juge est qu'il s'agissait d'un grand «client commercial averti». Avec beaucoup d'égards, il me semble que l'existence ou l'inexistence d'une obligation générale de ce genre ne devrait pas tenir à la nature de l'entreprise du client.» La cour a conclu que, quelle qu'en fût la raison, le manquement à une obligation ou l'irrecevabilité, le client ne pouvait opposer les faux aux banques. De l'avis du juge Cons, les accords exprès venaient eux aussi empêcher le client d'invoquer les faux. Le juge Hunter, à l'opinion duquel le juge Fuad s'est rallié sur ce point, n'a pas été du même avis quant à l'effet de ces accords.

The Privy Council (Lord Scarman, Lord Roskill, Lord Brandon of Oakbrook, Lord Brightman and Lord Templeman), [1986] A.C. 80, allowed the appeal from the judgment of the Court of Appeal on the ground that there was no basis for the “wider duty” or the “narrower duty” as either an implied term of the contract between banker and customer or as a duty of care in tort, and that in the absence of any duty there could not be an estoppel. The Privy Council was also of the view that the customer was not precluded by the express agreements from setting up the forgeries against the banks. On this point it agreed with the view of the trial judge and Hunter J., whose approach to the interpretation of the express agreements had been similar to that of Laskin J. with respect to the verification agreement in *Arrow Transfer*. It is necessary to consider the reasoning of the Court of Appeal and the Privy Council concerning the possible basis for a duty of care extending beyond the duties recognized by the House of Lords in the *Macmillan* and *Greenwood* cases.

In the Court of Appeal, Cons J.A. approached the question whether the duty contended for should be recognized as an implied term of the contract between banker and customer on the basis of what was said in *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555, and *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239, concerning the implication of a term as a legal incident of a particular class or kind of contract, without regard to the presumed intention of the parties, as distinguished from the implication of a term to fill a gap in a particular contract on the basis of presumed intention, in accordance with the business efficacy and “officious bystander” tests laid down in *The “Moorcock”* (1889), 14 P.D. 64; *Reigate v. Union Manufacturing Co. (Ramsbottom)*, [1918] 1 K.B. 592; and *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206.

Le Conseil privé composé des lords Scarman, Roskill, Brandon of Oakbrook, Brightman et Templeman, [1986] A.C. 80, a accueilli le pourvoi formé contre l’arrêt de la Cour d’appel, parce qu’il n’y avait de fondement ni pour celle de l’«obligation de portée plus large» ni pour l’existence de l’«obligation de portée plus restreinte», soit à titre de terme implicite du contrat entre le banquier et le client, soit à titre d’obligation de diligence en matière délictuelle et que, en l’absence d’une obligation, on ne pouvait soulever de fin de non-recevoir. Le Conseil privé a estimé en outre que les accords exprès n’empêchaient pas le client d’opposer les faux aux banques. À ce propos, le Conseil privé a abondé dans le sens du juge de première instance et du juge Hunter, qui avaient adopté relativement à l’interprétation des accords exprès une attitude semblable à celle du juge Laskin à l’égard de l’accord de vérification en cause dans l’affaire *Arrow Transfer*. Il est nécessaire d’examiner le raisonnement de la Cour d’appel et du Conseil privé relativement au fondement possible d’une obligation de diligence d’une portée qui dépasse celle des obligations reconnues par la Chambre des lords dans les arrêts *Macmillan* et *Greenwood*.

En Cour d’appel, la question de savoir si l’obligation alléguée devait être reconnue comme un terme implicite du contrat intervenu entre le banquier et le client a été abordée par le juge Cons à la lumière de ce qu’on avait dit dans les arrêts *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555, et *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239, concernant le terme implicite en tant qu’accessoire juridique d’une catégorie ou d’un type particuliers de contrats, sans égard à l’intention présumée des parties, par opposition au terme implicite, découlant d’une intention présumée, destiné à combler une lacune dans un contrat en conformité avec les critères de l’efficacité commerciale et de [TRADUCTION] «l’observateur objectif» posés dans *The “Moorcock”* (1889), 14 P.D. 64; *Reigate v. Union Manufacturing Co. (Ramsbottom)*, [1918] 1 K.B. 592; et *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206.

In *Lister*, one of the issues was whether it should be an implied term of the contractual relationship between master and servant, where the servant had certain duties respecting the driving of a motor vehicle, that the master would indemnify the servant against liability arising out of the use of the vehicle in the course of his employment. In a passage which was quoted by Cons J.A. in *Tai Hing*, Viscount Simonds distinguished the implication of a term as a legal incident of a particular class or kind of contract from the implication of a term in a particular contract on the basis of presumed intention as follows at p. 576:

For the real question becomes, not what terms can be implied in a contract between two individuals who are assumed to be making a bargain in regard to a particular transaction or course of business; we have to take a wider view, for we are concerned with a general question, which, if not correctly described as a question of status, yet can only be answered by considering the relation in which the drivers of motor-vehicles and their employers generally stand to each other. Just as the duty of care, rightly regarded as a contractual obligation, is imposed on the servant, or the duty not to disclose confidential information (see *Robb v. Green* [[1895] 2 Q.B. 315; 11 T.L.R. 517]), or the duty not to betray secret processes (see *Amber Size and Chemical Co. Ltd. v. Menzel* [[1913] 2 Ch. 239; 29 T.L.R. 590]), just as the duty is imposed on the master not to require his servant to do any illegal act, just so the question must be asked and answered whether in the world in which we live today it is a necessary condition of the relation of master and man that the master should, to use a broad colloquialism, look after the whole matter of insurance. If I were to try to apply the familiar tests where the question is whether a term should be implied in a particular contract in order to give it what is called business efficacy, I should lose myself in the attempt to formulate it with the necessary precision. The necessarily vague evidence given by the parties and the fact that the action is brought without the assent of the employers shows at least ex post facto how they regarded the position. But this is not conclusive; for, as I have said, the solution of the problem does not rest on the implica-

Dans l'affaire *Lister*, l'une des questions en litige était de savoir si les relations contractuelles entre employeur et employé devaient comprendre comme terme implicite, dans un cas où l'employé avait notamment pour fonction de conduire un véhicule automobile, que l'employeur garantirait l'employé contre toute responsabilité découlant de l'utilisation du véhicule dans le cadre de son emploi. Dans un passage qui a été cité par le juge Cons dans l'affaire *Tai Hing*, le vicomte Simonds a fait une distinction entre le terme implicite inséré en tant qu'accessoire juridique d'une catégorie ou d'un type particuliers de contrats et le terme implicite introduit dans un contrat donné en raison d'une intention présumée. Voici le passage en question, qui se trouve à la p. 576:

[TRADUCTION] La question véritable à ce moment-là n'est pas de savoir quels termes implicites peuvent être insérés dans un contrat entre deux individus qui sont réputés avoir conclu un marché relativement à une opération ou à une affaire particulière; il faut plutôt adopter un point de vue plus large, car il s'agit d'une question générale qui, si elle n'est pas à proprement parler une question de statut, ne peut néanmoins recevoir une réponse qu'au moyen d'une étude des rapports qui existent généralement entre les chauffeurs de véhicules automobiles et leurs employeurs. De même qu'on impose à l'employé une obligation de diligence, considérée à juste titre comme découlant d'un contrat, ou l'obligation de ne pas divulguer des renseignements confidentiels (voir *Robb v. Green* [[1895] 2 Q.B. 315; 11 T.L.R. 517]), ou l'obligation de ne pas trahir des procédés secrets (voir *Amber Size and Chemical Co. Ltd. v. Menzel* [[1913] 2 Ch. 239; 29 T.L.R. 590]), et de même qu'on impose à l'employeur l'obligation de ne pas exiger de son employé qu'il commette un acte illégal, de même il faut répondre à la question de savoir si, dans le monde d'aujourd'hui, il est un élément nécessaire des relations entre employeur et employé que l'employeur doit, pour s'exprimer d'une manière très familière, s'occuper de toute la question de l'assurance. Si je devais essayer d'appliquer les critères habituels dans un cas où la question est de savoir si un terme implicite doit être introduit dans un contrat donné afin de lui conférer ce qu'il est convenu d'appeler de l'efficacité commerciale, je me perdrais dans la tentative de formuler ce terme avec la précision requise. La preuve nécessairement vague produite par les parties et le fait que l'action a été intentée sans le consentement des employeurs démontrent, du moins ex post facto, leur attitude face à la situation. Cela n'est toutefois pas concluant car, comme

tion of a term in a particular contract of service but upon more general considerations.

The same distinction was drawn by Lord Tucker as follows at p. 594:

Some contractual terms may be implied by general rules of law. These general rules, some of which are now statutory, for example, Sale of Goods Act, Bills of Exchange Act, etc., derive in the main from the common law by which they have become attached in the course of time to certain classes of contractual relationships, for example, landlord and tenant, innkeeper and guest, contracts of guarantee and contracts of personal service. Contrasted with such cases as these there are those in which from their particular circumstances it is necessary to imply a term to give efficacy to the contract and make it a workable agreement in such manner as the parties would clearly have done if they had applied their minds to the contingency which has arisen. These are the "officious bystander" type of case, to use Mackinnon L.J.'s well-known words. I do not think the present case really comes in that category, it seems to me to fall rather within the first class referred to above.

In *Liverpool City Council*, the relevant issue was whether there should be implied in the relationship between landlords and tenants in multi-storey dwellings an obligation on the part of the landlords to keep the common parts of the building over which they retained control in repair. In the Court of Appeal, [1976] 1 Q.B. 319, the question of implication was approached with reference to the business efficacy and "officious bystander" tests as one of implication of a term in a particular contractual relationship on the basis of presumed intention. Lord Denning M.R. expressed the view that despite these expressions of the test for implication the cases showed that the test was really what was reasonable. He had a few months earlier expressed the same opinion in *Greaves & Co. (Contractors) Ltd. v. Baynham Meikle and Partners*, [1975] 3 All E.R. 99 (C.A.), at p. 103. Roskill L.J. and Ormrod L.J. disagreed, saying that the courts should not imply a term unless it is both reasonable and necessary. The House of Lords, [1977] A.C. 239, agreed with the majority in the Court of Appeal on this point, and that the

je l'ai déjà dit, la solution du problème tient, non pas à l'introduction d'un terme implicite dans un contrat ou un service donné, mais à des facteurs plus généraux.

Lord Tucker a fait la même distinction, à la p. 594:

[TRADUCTION] Certains termes implicites peuvent en vertu des règles générales de droit être introduits dans un contrat. Ces règles générales, dont plusieurs sont maintenant consacrées dans des lois, par exemple, la Sale of Goods Act, la Bills of Exchange Act, etc., dérivent principalement de la *common law* par laquelle ils sont venus au fil des ans se rattacher à certaines catégories de relations contractuelles, par exemple: propriétaire et locataire, hôtelier et hôte, les contrats de garantie et les contrats de service personnel. Par contraste avec ces cas, il y a ceux où les circonstances particulières exigent l'introduction d'un terme implicite afin de rendre le contrat efficace et exécutable de la manière que les parties l'auraient évidemment fait si elles avaient envisagé l'éventualité qui a surgi. Ce sont là des affaires du type donnant lieu à l'application du critère de «l'observateur objectif» pour reprendre les termes bien connus du lord juge Mackinnon. Or, je ne crois pas que la présente espèce relève vraiment de cette catégorie; elle me semble plutôt tomber dans la première catégorie susmentionnée.

Dans l'affaire *Liverpool City Council*, la question en litige était de savoir s'il y avait lieu d'introduire dans les relations entre les propriétaires de grands immeubles d'habitation et leurs locataires une obligation implicite de la part des propriétaires de voir à l'entretien des parties communes de l'immeuble, dont ils continuaient d'être responsables. En Cour d'appel, [1976] 1 Q.B. 319, la question de l'introduction d'une obligation implicite a été abordée à la lumière des critères de l'efficacité commerciale et de «l'observateur objectif», comme s'il s'agissait d'insérer dans des relations contractuelles particulières un terme implicite fondé sur une intention présumée. Le maître des rôles lord Denning s'est dit d'avis que, malgré ces formulations du critère d'introduction d'un terme implicite, il ressortait de la jurisprudence qu'il fallait en réalité se demander ce qui était raisonnable. Il avait quelques mois auparavant exprimé la même opinion dans l'arrêt *Greaves & Co. (Contractors) Ltd. v. Baynham Meikle and Partners*, [1975] 3 All E.R. 99 (C.A.), à la p. 103. Les lords juges Roskill et Ormrod étaient en

proposed implied term could not meet the test for implication on the basis of presumed intention. But they held that it could, and should, be implied as a legal incident of that particular kind of contractual relationship, regardless of presumed intention. They held, however, that the test for that kind of implication was also necessity. Lord Wilberforce said at p. 254: "In my opinion such obligation should be read into the contract as the nature of the contract itself implicitly requires, no more, no less: a test, in other words, of necessity." With reference to the necessity of the implied term in respect of the facilities in issue he said on the same page: "All these are not just facilities, or conveniences provided at discretion: they are essentials of the tenancy without which life in the dwellings, as a tenant, is not possible. To leave the landlord free of contractual obligation as regards these matters, and subject only to administrative or political pressure, is, in my opinion, inconsistent totally with the nature of this relationship. The subject matter of the lease (high rise blocks) and the relationship created by the tenancy demand, of their nature, some contractual obligation on the landlord." Lord Wilberforce said at pp. 254-55, "The necessity to have regard to the inherent nature of a contract and of the relationship thereby established was stated in this House in *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co. Ltd.* [1957] A.C. 555." He referred to the statement by Viscount Simonds in *Lister*, saying that it made "a clear distinction between a search for an implied term such as might be necessary to give 'business efficacy' to the particular contract and a search, based on wider considerations, for such a term as the nature of the contract might call for, or as a legal incident of this kind of contract." The other members of the House of Lords also appear, on the whole, to have regarded the test for this kind of implication as one of necessity. Apart from their express dicta on this point, this view is to be inferred from their reliance on the statement by Viscount Simonds in *Lister*, in which he said the question was whether the proposed implied term was a "necessary condition" of the master and servant relationship. Lord Cross of Chelsea was the only one to suggest that the test for this kind of implication is whether it would be reasonable to imply the term in question.

désaccord et pensaient que les tribunaux ne devaient introduire de terme implicite que dans la mesure où cela se révélait à la fois raisonnable et nécessaire. La Chambre des lords, [1977] A.C. 239, a abondé dans le sens de la majorité en Cour d'appel sur ce point et a estimé avec elle que le terme implicite proposé ne satisfaisait pas au critère permettant de l'introduire sur le fondement de l'intention présumée. Mais ils ont conclu que le terme implicite en cause pouvait et devait être introduit en tant qu'accessoire juridique de ce genre particulier de relations contractuelles, indépendamment de toute intention présumée. Ils ont cependant conclu que le critère à appliquer pour ce genre d'introduction d'un terme implicite était également la nécessité. Lord Wilberforce a dit, à la p. 254: [TRADUCTION] «À mon avis, le contrat ne doit être interprété comme comportant une telle obligation que si la nature du contrat lui-même l'exige implicitement, ni plus ni moins: en d'autres termes, un critère de nécessité.» Au sujet de la nécessité du terme implicite dans le cas des installations en cause, il a affirmé, à la même page. [TRADUCTION] «Il ne s'agit pas là de simples installations ou commodités fournies au gré du propriétaire: ce sont des éléments essentiels de la location, sans lesquels la vie de locataire dans les immeubles est impossible. Dégager le propriétaire de toute obligation contractuelle à cet égard de manière qu'il ne soit soumis qu'à des pressions administratives ou politiques est, à mon avis, tout à fait incompatible avec la nature des relations en question. De par leur nature, l'objet du bail (des grands immeubles d'habitation) et les rapports créés par la location imposent des obligations contractuelles au propriétaire.» Lord Wilberforce poursuit, aux pp. 254 et 255: [TRADUCTION] «La nécessité de tenir compte de la nature intrinsèque d'un contrat et des relations créées par lui a été énoncée dans cette Chambre dans l'affaire *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co. Ltd.* [1957] A.C. 555.» Se référant à la déclaration du vicomte Simonds dans l'affaire *Lister*, il a dit que celle-ci a établi [TRADUCTION] «une distinction nette entre la recherche d'un terme implicite pouvant être nécessaire pour prêter au contrat en question de l'«efficacité commerciale» et une recherche, fondée sur des facteurs plus généraux, visant à trouver un

He said at pp. 257-58: "When it implies a term in a contract the court is sometimes laying down a general rule that in all contracts of a certain type—sale of goods, master and servant, landlord and tenant and so on—some provision is to be implied unless the parties have expressly excluded it. In deciding whether or not to lay down such a *prima facie* rule the court will naturally ask itself whether in the general run of such cases the term in question would be one which it would be reasonable to insert. Sometimes, however, there is no question of laying down any *prima facie* rule applicable to all cases of a defined type but what the court is being in effect asked to do is to rectify a particular—often a very detailed—contract by inserting in it a term which the parties have not expressed. Here it is not enough for the court to say that the suggested term is a reasonable one the presence of which would make the contract a better or fairer one; it must be able to say that the insertion of the term is necessary to give—as it is put—'business efficacy' to the contract and that if its absence had been pointed out at the time both parties—assuming them to have been reasonable men—would have agreed without hesitation to its insertion." Lord Salmon was clearly of the view that the test was one of necessity. Using words of Bowen L.J. in *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177, which was also relied on by Lord Wilberforce, he said at p. 263: "I find it difficult to think of any term which it could be more necessary to imply than one without which the whole transaction would become futile, inefficacious and absurd as it would do if in a 15 storey block of flats or maisonettes, such as the present, the landlords were under no legal duty to take reasonable care to keep the lifts in working order and the staircase lit." It is also an implication of the speech of Lord Edmund-Davies, in which he referred to the "new approach" to implication based on the statement of Viscount Simonds in *Lister* and to the reference by Bowen L.J. in *Miller v. Hancock* to "necessary implication" that he regarded the test for this kind of implication as one of necessity. Lord Fraser of Tullybelton said that he agreed with Lord Wilberforce that "there is to be implied, as a legal incident of the kind of contract between these landlords and these tenants, an obligation on the

terme qui peut être exigé par la nature du contrat, ou encore la recherche d'un terme constituant un accessoire juridique de ce type de contrats.» Les autres lords juristes paraissent également, dans l'ensemble, avoir considéré la nécessité comme le critère à appliquer pour ce genre de terme implicite. Indépendamment de leurs observations expresses sur ce point, cette attitude se dégage en outre du fait qu'ils se sont fondés sur la déclaration du vicomte Simonds dans l'affaire *Lister*, où il a dit que la question était de savoir si le terme implicite proposé représentait une [TRADUCTION] «condition nécessaire» des relations entre employeur et employé. Seul lord Cross of Chelsea a affirmé que le critère dans ce genre de cas est de savoir s'il serait raisonnable d'introduire le terme implicite en question. Il a souligné, aux pp. 257 et 258: [TRADUCTION] «Quand il introduit un terme implicite dans un contrat, le tribunal se trouve parfois à poser une règle générale selon laquelle tous les contrats d'une certaine espèce—ceux ayant trait à la vente de marchandises, ceux créant des relations entre employeur et employé, ceux conclus entre un propriétaire et un locataire, etc.—doivent comprendre implicitement certaines stipulations, à moins que les parties ne les aient expressément écartées. En décidant de l'opportunité d'établir une telle règle applicable à première vue, le tribunal se demandera naturellement si, dans la généralité des cas de ce genre, il serait raisonnable d'insérer le terme en question. Parfois, cependant, il n'est nullement question de poser une règle applicable à première vue à tous les cas d'un type déterminé, mais, ce qu'on demande au tribunal de faire en réalité est de rectifier un certain contrat, souvent très détaillé, par l'insertion d'un terme non énoncé par les parties. En l'espèce, il ne suffit pas que le tribunal dise que le terme proposé est raisonnable et que sa présence améliorerait le contrat ou le rendrait plus équitable; il faut en outre que le tribunal puisse affirmer d'une part que l'introduction du terme est nécessaire pour conférer au contrat de l'«efficacité commerciale», comme on dit, et d'autre part que si, son absence avait été signalée lors de la signature de ce contrat, les deux parties, à supposer qu'elles soient des personnes raisonnables, auraient consenti sans hésitation à son introduction.» De toute évidence,

landlords to take reasonable care to maintain the common stairs, the lifts and the lighting on the common stairs." The inference is that he also agreed that the test was one of necessity. Statements that in implying a term as a legal incident of a particular class or kind of contract courts will consider whether the proposed term would be reasonable do not necessarily exclude the requirement that it must also be shown to be necessary. Cf. Cheshire and Fifoot's *Law of Contract* (10th ed. 1981), at p. 125, and Treitel, *The Law of Contract*, (5th ed. 1979), at p. 148, in which it is said, in the context of a reference to *Liverpool City Council*, that in deciding whether to imply a term as a legal incident of a particular class or kind of contract the courts will consider whether it would be reasonable to do so. This is in effect what was said by Lord Cross of Chelsea in *Liverpool City Council* but even assuming that he meant to limit the test in such a case to one of reasonableness it cannot be doubted for the reasons I have indicated that the view of the majority was that the test was one of necessity. In this regard, it is interesting to compare the opinion of Lord Denning M.R. in *Shell UK Ltd. v. Lostock Garage Ltd.*, [1977] 1 All E.R. 481 (C.A.) at p. 487, citing Lord Cross, that the test for the kind of implication made in *Liverpool City Council* is one of reasonableness and the opinions of Stephenson L.J. in *Mears v. Safecar Security Ltd.*, [1982] 2 All E.R. 865 (C.A.) at p. 879, and of Oliver L.J. in *Harvela Investments Ltd. v. Royal Trust Co. of Canada (CI) Ltd.*, [1985] 1 All E.R. 261 (C.A.) at p. 272, that the test applied in *Liverpool City*

lord Salmon a estimé que le critère à retenir était celui de la nécessité. Reprenant les propos tenus par lord juge Bowen dans la décision *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177, sur laquelle lord Wilberforce s'est également fondé, il a dit, à la p. 263: [TRADUCTION] «J'ai du mal à concevoir de terme implicite plus nécessaire qu'un terme sans lequel l'opération dans son ensemble deviendrait futile, inefficace et absurde, ce qui arriverait si, dans le cas d'un immeuble d'appartements et de duplex de quinze étages, comme celui dont il s'agit en l'espèce, les propriétaires n'étaient pas tenus de par la loi de prendre des mesures raisonnables afin d'assurer le bon fonctionnement des ascenseurs et l'éclairage des escaliers.» De plus, il se dégage des motifs de lord Edmund-Davies, dans lesquels il se réfère d'une part à la [TRADUCTION] «nouvelle méthode» relative à l'introduction d'un terme implicite, qui ressort de la déclaration du vicomte Simonds dans l'affaire *Lister*, et d'autre part au fait que le lord juge Bowen a parlé dans l'affaire *Miller v. Hancock* d'un terme [TRADUCTION] «nécessairement implicite», qu'il considérait la nécessité comme le critère à appliquer pour introduire un tel terme implicite. Lord Fraser of Tullybelton s'est dit d'accord avec lord Wilberforce que [TRADUCTION] «l'on doit introduire, en tant qu'accessoire juridique du type de contrat intervenu entre ces propriétaires et ces locataires, un terme implicite imposant aux propriétaires une obligation de prendre des mesures raisonnables pour assurer l'entretien des escaliers communs, des ascenseurs et de l'éclairage des escaliers communs». On peut donc en déduire qu'il estimait lui aussi que le critère applicable était celui de la nécessité. Lorsqu'on dit qu'aux fins de l'introduction d'un terme implicite en tant qu'accessoire juridique d'une catégorie ou d'un type particuliers de contrats, les tribunaux s'interrogeront sur le caractère raisonnable du terme proposé, cela n'écarte pas nécessairement l'obligation de démontrer aussi la nécessité de ce terme. Cf. Cheshire et Fifoot, *Law of Contract* (10th ed. 1981), à la p. 125, et Treitel, *The Law of Contract* (5th ed. 1979), à la p. 148, où il est dit, relativement à l'affaire *Liverpool City Council*, que, en décidant de l'opportunité d'insérer un terme implicite en tant qu'accessoire juridique d'une catégorie ou d'un type particuliers de

Council, at least by the majority, was one of necessity.

In the Court of Appeal in *Tai Hing*, Cons J.A., quoting from *Lister* and *Liverpool City Council*, appears to have accepted the contention of counsel that the "new approach" referred to by Lord Edmund-Davies was what a particular contractual relationship required or demanded in the way of reciprocal obligations. He said that *Macmillan* reflected this approach, referring especially to what Viscount Haldane said in that case about the "correlative obligation" of the customer. Cons J.A. also referred to the contention of counsel that the wider duty of care contended for was the reciprocal of the general duty of care in the conduct of the customer's business imposed on banks by the decisions in *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock (No. 3)*, [1968] 1 W.L.R. 1555, and *Karak Rubber Co. v. Burden (No. 2)*, [1972] 1 W.L.R. 602. In those cases, which were also relied on by counsel for the Bank in the present case, the courts held that a banker owed a duty of care to a customer, in carrying out the instructions reflected in his cheques, to make sure, when put upon inquiry, that the customer's funds were not being misapplied. In the end, however, Cons J.A.

contrats, les tribunaux se demanderont s'il est raisonnable de le faire. Voilà en fait ce qu'a dit lord Cross of Chelsea dans l'affaire *Liverpool City Council* mais, même à supposer que son intention ait été de n'appliquer dans un cas pareil que le critère du caractère raisonnable, pour les raisons que j'ai déjà exposées, il ne fait pas de doute que, de l'avis de la majorité, le critère approprié était celui de la nécessité. À cet égard, il est intéressant de mettre en regard l'avis exprimé par le maître des rôles lord Denning dans l'arrêt *Shell UK Ltd. v. Lostock Garage Ltd.*, [1977] 1 All E.R. 481 (C.A.), à la p. 487, où, citant lord Cross, il a affirmé que le critère appliqué pour introduire des termes implicites dans l'affaire *Liverpool City Council* était celui du caractère raisonnable, et les opinions du lord juge Stephenson dans l'arrêt *Mears v. Safecar Security Ltd.*, [1982] 2 All E.R. 865 (C.A.), à la p. 879, et du lord juge Oliver dans l'affaire *Harvela Investments Ltd. v. Royal Trust Co. of Canada (CI) Ltd.*, [1985] 1 All E.R. 261 (C.A.), à la p. 272, selon lesquelles le critère appliqué dans l'affaire *Liverpool City Council*, du moins par la majorité, était celui de la nécessité.

Dans l'affaire *Tai Hing*, le juge Cons, citant les arrêts *Lister* et *Liverpool City Council*, paraît avoir accepté l'argument de l'avocat que la «nouvelle méthode» mentionnée par lord Edmund-Davies était celui des obligations réciproques exigées ou commandées par des relations contractuelles données. Se fondant surtout sur les propos tenus par le vicomte Haldane concernant [TRA-DUCTION] «l'obligation correlative» du client, le juge Cons a souligné que tel était le critère adopté dans l'arrêt *Macmillan*. Le juge Cons a parlé en outre de l'argument de l'avocat selon lequel l'obligation de diligence de portée plus large dont on alléguait l'existence était le pendant de l'obligation générale de diligence qu'imposaient aux banques dans la gestion des affaires de leurs clients les décisions *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock (No. 3)*, [1968] 1 W.L.R. 1555 et *Karak Rubber Co. v. Burden (No. 2)*, [1972] 1 W.L.R. 602. Dans ces décisions, sur lesquelles l'avocat de la Banque en l'espèce s'est appuyé également, les tribunaux ont conclu qu'un banquier avait une obligation envers son client, en exécutant les instructions figurant sur les chèques de celui-ci, de

appears to have accepted the test of necessity and to have concluded that the wider duty of care contended for was a "necessary condition" of the modern banker and customer relationship, as appears from the following passage in his reasons for judgment at p. 560:

It cannot be said that the imposition of a duty of care on the customer is absolutely essential to the relationship. The banks could I think manage to service current accounts without that assistance. So could, I think, the tenant of the high rise flats have managed to live there without the benefit of lifts, lights on the staircase or garbage chutes. But that did not deter their Lordships. They took a more practical view of necessity. They inquired if the transaction would become "futile, inefficient or absurd" if these amenities were not maintained. For my part I can think of little more futile than for the operator of an active bank account to throw his monthly statements in the waste paper basket without ever bothering to looking [*sic*] at them; little more inefficient than to leave the operation of that account to a clerk whose work is never checked; and little more absurd than to expect the bank to insure the honesty of the customer's clerk when the customer deliberately puts into the clerk's hands the weapons with which he can plunder and rob the bank. It cannot be economically feasible nowadays for a bank to subject the signature on each and every cheque presented to a thorough examination or comparison with the specimen signature card. Banks must look to other protection. Thus, after a great deal of hesitation, I find myself finally led to the conclusion that, in the world in which we live today, it is a necessary condition of the relation of banker and customer that the customer should take reasonable care to see that in the operation of the account the bank is not injured.

In the Privy Council, Lord Scarman said that Cons J.A. had adopted the right test for implication but had reached the wrong conclusion. With reference to the applicable test he said at pp. 104-05:

s'assurer, le cas échéant, qu'il n'y avait pas de détournement des fonds du client. En dernière analyse, cependant, le juge Cons paraît avoir retenu le critère de la nécessité et avoir conclu que l'obligation de diligence de portée large que l'on avait invoquée représentait une [TRADUCTION] «condition nécessaire» des relations banquier-client à l'époque moderne. C'est ce qui se dégage du passage suivant tiré de ses motifs de jugement, à la p. 560:

[TRADUCTION] On ne saurait prétendre que le fait d'imposer une obligation de diligence au client constitue un élément absolument indispensable des relations entre banquier et client. Je crois que les banques n'ont pas besoin de cela pour arriver à administrer les comptes courants. De même, je crois que les locataires de l'immeuble d'habitation en cause auraient pu y vivre sans ascenseurs, ni éclairage dans les escaliers, ni vidéordures. Mais les juges ne s'en sont pas tenus à cela. Ils ont adopté un point de vue plus pratique à l'égard de la nécessité. Ils se sont demandés si l'opération en question deviendrait «futile, inefficace ou absurde» si on ne continuait pas d'assurer ces commodités. Pour ma part, je peux difficilement concevoir quelque chose de plus futile que le fait pour le titulaire d'un compte en banque actif de jeter ses relevés mensuels dans la corbeille à papier sans jamais se donner la peine de les regarder; quelque chose de plus inefficace que de confier la gestion de ce compte à un commis dont le travail n'est soumis à aucun contrôle; et quelque chose de plus absurde que de s'attendre que la banque voie à assurer l'honnêteté du commis du client alors que ce dernier donne volontairement au commis les moyens de piller et de voler la banque. Sur le plan économique, il n'est guère pratique de nos jours qu'une banque assujettisse à un examen minutieux la signature figurant sur tous les chèques qui lui sont présentés ou qu'elle la compare avec le spécimen de signature. Les banques doivent chercher d'autres façons de se protéger. Ainsi, après beaucoup d'hésitation, j'arrive enfin à la conclusion que, dans le monde actuel, les relations entre banquier et client comportent *vraiment* comme condition nécessaire que le client fasse preuve d'une diligence raisonnable afin de s'assurer que le compte ne soit pas utilisé de façon à léser la banque.

Au Conseil privé, lord Scarman a dit que le juge Cons avait adopté le critère approprié pour l'introduction d'un terme implicite, mais qu'il était arrivé à la mauvaise conclusion. Au sujet du critère applicable, lord Scarman a affirmé, aux pp. 104 et 105:

Their Lordships agree with Cons J.A. that the test of implication is necessity. As Lord Wilberforce put it in *Liverpool City Council v. Irwin* [1977] A.C. 239, 254:

“such obligation should be read into the contract as the nature of the contract itself implicitly requires, no more, no less: a test, in other words, of necessity.”

Cons J.A. went on to quote an observation by Lord Salmon in the *Liverpool* case to the effect that the term sought to be implied must be one without which the whole transaction would become “inefficacious, futile and absurd” (p. 262).

Their Lordships accept as correct the approach adopted by Cons J.A. Their Lordships prefer it to that suggested by Hunter J. which was to ask the question: does the law impose the term? Implication is the way in which necessary incidents come to be recognised in the absence of express agreement in a contractual relationship. Imposition is apt to describe a duty arising in tort, but inept to describe the necessary incident arising from a contractual relationship.

With reference to the proper conclusion on the application of this test, Lord Scarman said at pp. 105-06:

The argument for the banks is, when analysed, no more than that the obligations of care placed upon banks in the management of a customer's account which the courts have recognised have become with the development of banking business so burdensome that they should be met by a reciprocal increase of responsibility imposed upon the customer: and they cite *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock* (No. 3) [1968] 1 W.L.R. 1555 (Ungoed-Thomas J.) and *Karak Rubber Co. Ltd. v. Burden* (No. 2) [1972] 1 W.L.R. 602 (Brightman J.). One can fully understand the comment of Cons J.A. that the banks must today look for protection. So be it. They can increase the severity of their terms of business, and they can use their influence, as they have in the past, to seek to persuade the legislature that they should be granted by statute further protection. But it does not follow that because they may need protection as their business expands the necessary incidents of their relationship with their customer must also change. The business of banking is the business not of the customer but of the bank. They offer a service, which is to honour their customer's cheques when drawn upon an account in credit or within an agreed overdraft

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries conviennent avec le juge Cons que le critère pour introduire un terme implicite est celui de la nécessité. Comme l'a dit lord Wilberforce dans l'arrêt *Liverpool City Council v. Irwin* [1977] A.C. 239, à la p. 254:

a «le contrat ne doit être interprété comme comportant une telle obligation qu'en tant que la nature du contrat lui-même l'exige implicitement, ni plus ni moins: en d'autres termes, un critère de nécessité.»

b Le juge Cons a poursuivi en citant lord Salmon, qui avait fait remarquer dans l'affaire *Liverpool* que le terme implicite dont on désire obtenir l'insertion doit en être un sans lequel l'opération dans son ensemble deviendrait «inefficace, futile et absurde» (à la p. 262).

c Leurs Seigneuries estiment que la méthode adoptée par le juge Cons est la bonne. Nous la préférons à celle proposée par le juge Hunter, qui consiste à se demander si le terme est imposé par la loi. C'est par l'introduction d'un terme implicite que des éléments accessoires nécessaires peuvent être reconnus dans des relations contractuelles lorsqu'il n'existe pas d'accord exprès. Le terme «imposer» se dit très bien d'une obligation qui naît en matière délictuelle, mais ce terme s'applique fort mal à un élément accessoire nécessaire découlant de relations contractuelles.

Sur la question de la bonne conclusion à tirer par suite de l'application de ce critère, lord Scarman a dit, aux pp. 105 et 106:

f [TRADUCTION] Si on analyse l'argument des banques, il se ramène simplement à ceci: que les obligations de diligence imposées par les tribunaux aux banques dans la gestion du compte d'un client représentent en raison de l'accroissement des affaires bancaires une charge à ce point lourde qu'elle devrait être contrebalancée par une augmentation correspondante de la responsabilité imposée au client, proposition à l'appui de laquelle elles invoquent les décisions *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock* (No. 3) [1968] 1 W.L.R. 1555 (le juge Ungoed-Thomas) et *Karak Rubber Co. Ltd. v. Burden* (No. 2) [1972] 1 W.L.R. 602 (le juge Brightman). On comprend bien l'observation du juge Cons que, de nos jours, les banques doivent chercher à se protéger. Soit; il leur est loisible de rendre plus sévères leurs conditions d'affaires et d'exercer leur influence, comme elles l'ont fait par le passé, dans une tentative de convaincre le législateur qu'il y a lieu de légiférer pour leur accorder une plus grande protection. Toutefois, il ne s'ensuit pas que, parce qu'elles peuvent avoir besoin de protection à mesure que leurs affaires prennent de l'ampleur, les éléments accessoires nécessaires de leurs relations avec leurs clients doivent aussi changer. Le commerce ban-

limit. If they pay out upon cheques which are not his, they are acting outside their mandate and cannot plead his authority in justification of their debit to his account. This is a risk of the service which it is their business to offer. The limits set to the risk in the *Macmillan* [1918] A.C. 777 and *Greenwood* [1933] A.C. 51 cases can be seen plainly necessary incidents of the relationship. Offered such a service, a customer must obviously take care in the way he draws his cheque, and must obviously warn his bank as soon as he knows that a forger is operating the account. Counsel for the banks asked rhetorically why, once a duty of care was recognised, should it stop at the *Macmillan* and *Greenwood* limits. They submitted that there was no rational stopping place short of the wider duty for which they contended. With very great respect to the ingenious argument addressed to the Board their Lordships find in certain observations of Bray J. in *Kepitigalla's* case [1909] 2 K.B. 1010 a convincing statement of the formidable difficulties in the way of this submission . . .

Lord Scarman then quoted the passage from the judgment of Bray J., which I have quoted above, beginning with the sentence, "I think Mr. Scrutton's contention equally fails when it is considered apart from authority."

The Court of Appeal also held, as I have indicated, that the customer owed a duty of care in tort as well as in contract on the basis of the principles affirmed in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. Reference was made to *Esso Petroleum Co. v. Marden*, [1976] Q.B. 801, and *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs and Kemp*, [1979] Ch. 384, for recognition that a duty of care may arise from a relationship of proximity or neighbourhood that would not have existed but for a contract. The Privy Council expressed disagreement with the characterization of obligations or duties as at the same time both contractual and tortious, particularly in the case of the banker and customer relationship, but held that in any event there could not be a wider duty

caire est exploité non pas par les clients, mais par les banques. Celles-ci offrent un service qui consiste à honorer les chèques de leurs clients lorsqu'ils sont tirés sur un compte ayant un solde créditeur ou à condition que le découvert convenu ne soit dépassé. Si elles paient des chèques qui ne sont pas ceux du client, elles agissent en dehors de leur mandat et ne peuvent à ce moment-là alléguer l'autorisation de ce dernier pour justifier que les sommes en question soient débitées de son compte. Il s'agit là d'un risque inhérent au service offert par les banques. Les limites fixées à ce risque dans les arrêts *Macmillan* [1918] A.C. 777 et *Greenwood* [1933] A.C. 51, constituent des éléments accessoires manifestement nécessaires des relations entre banquier et client. Un client à qui un tel service est offert doit évidemment faire attention à la façon dont il tire ses chèques et doit évidemment prévenir sa banque aussitôt qu'il sait qu'un faussaire utilise son compte. Les avocats des banques se sont demandés pourquoi, une fois l'obligation de diligence reconnue, elle devrait être circonscrite dans les limites établies par les arrêts *Macmillan* et *Greenwood*. À leur avis, il n'existait pas d'autre solution rationnelle que celle de l'obligation de portée large préconisée par eux. Avec une très grande déférence envers l'argument ingénieux qu'on nous a adressé, nous estimons que certaines observations du juge Bray dans l'affaire *Kepitigalla* [1909] 2 K.B. 1010, présentent d'une manière convaincante les difficultés énormes auxquelles se heurte cet argument . . .

Lord Scarman a ensuite cité le passage tiré des motifs du juge Bray, reproduit antérieurement, qui commence par la phrase: «Je crois que l'argument de M^c Scrutton est tout aussi mal fondé quand on le considère indépendamment de la jurisprudence.»

Comme je l'ai déjà fait remarquer, la Cour d'appel a conclu en outre que, suivant les principes énoncés dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, l'obligation de diligence du client avait un fondement aussi bien délictuel que contractuel. On a cité les affaires *Esso Petroleum Co. v. Marden*, [1976] Q.B. 801, et *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs and Kemp*, [1979] Ch. 384, à l'appui de la proposition selon laquelle une obligation de diligence peut découler de rapports étroits qui n'auraient pas existé en l'absence d'un contrat. Le Conseil privé s'est dit en désaccord avec la notion du fondement à la fois contractuel et délictuel des devoirs ou obligations, particulièrement dans le cas des relations entre banquier et client, mais a conclu qu'en

in tort than that which existed as an implied term of the contract. On this point Lord Scarman expressed himself as follows at p. 107:

Their Lordships do not, therefore, embark on an investigation as to whether in the relationship of banker and customer, it is possible to identify tort as well as contract as a source of the obligations owed by the one to the other. Their Lordships do not, however, accept that the parties' mutual obligations in tort can be any greater than those to be found expressly or by necessary implication in their contract. If, therefore, as their Lordships have concluded, no duty wider than that recognised in *Macmillan* [1918] A.C. 777 and *Greenwood* [1933] A.C. 51 can be implied into the banking contract in the absence of express terms to that effect, the banks cannot rely on the law of tort to provide them with greater protection than that for which they have contracted.

Finally, the Privy Council held that since the customer did not owe the duty of care contended for by the banks there could not be an estoppel resulting from its conduct following receipt of its bank statements. This was a clear rejection of estoppel on the basis of imputed knowledge, apart from the breach of a duty to examine bank statements. Lord Scarman said at p. 110:

Their Lordships having held that the company was not in breach of any duty owed by it to the banks, it is not possible to establish in this case an estoppel arising from mere silence, omission or failure to act.

Mere silence or inaction cannot amount to a representation unless there be a duty to disclose or act: *Greenwood's case* [1933] A.C. 51, 57. And their Lordships would reiterate that unless conduct can be interpreted as amounting to an implied representation, it cannot constitute an estoppel: for the essence of estoppel is a representation (express or implied) intended to induce the person to whom it is made to adopt a course of conduct which results in detriment or loss: *Greenwood's case*, per Lord Tomlin, at p. 57.

tout état de cause il ne pouvait exister en matière délictuelle une obligation de portée plus large que celle qui constituait un terme implicite du contrat. Sur ce point, lord Scarman s'est exprimé ainsi, à la p. 107:

[TRADUCTION] Par conséquent, leurs Seigneuries n'entendent pas examiner si, dans les relations entre banquier et client, il est possible de considérer les obligations d'une partie envers l'autre comme ayant un fondement non seulement contractuel mais aussi délictuel. Leurs Seigneuries écartent toutefois l'idée que les obligations mutuelles des parties en matière délictuelle peuvent être plus lourdes que celles qui découlent expressément ou implicitement de leur contrat. Si, en conséquence, comme l'ont conclu leurs Seigneuries, on ne saurait, à défaut de stipulations expresses dans ce sens, conclure que le contrat bancaire prévoit implicitement une obligation de portée plus large que celle reconnue dans les décisions *Macmillan* [1918] A.C. 777 et *Greenwood* [1933] A.C. 51, les banques intimées ne peuvent invoquer le droit en matière de responsabilité délictuelle pour obtenir une protection plus grande que celle stipulée par le contrat.

Finalement, le Conseil privé a conclu que, puisque le client n'avait pas l'obligation de diligence alléguée par les banques, il ne pouvait y avoir de fin de non-recevoir résultant de sa conduite après réception de ses relevés bancaires. On rejetait donc catégoriquement l'irrecevabilité fondée sur une connaissance imputée, indépendamment du manquement à l'obligation d'examiner les relevés bancaires. Lord Scarman a dit, à la p. 110:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries ont conclu que la société n'avait manqué à aucune obligation qu'elle avait envers les banques; cela étant, il est impossible en l'espèce d'établir une fin de non-recevoir découlant simplement du silence, d'une omission ou de l'inaction.

Ni le silence ni l'inaction ne sont à eux seuls assimilables à une déclaration, à moins qu'il n'y ait obligation de divulguer ou d'agir: l'arrêt *Greenwood* [1933] A.C. 51, à la p. 57. Leurs Seigneuries répètent qu'à moins qu'une conduite ne puisse être interprétée comme équivalant à une déclaration implicite, elle ne peut fonder une fin de non-recevoir car, de par son essence, une fin de non-recevoir est une déclaration (expresse ou implicite) destinée à amener la personne à laquelle elle est adressée à adopter une conduite qui lui occasionne un préjudice ou une perte: l'arrêt *Greenwood*, les motifs de lord Tomlin, à la p. 57.

VII

With this background of authority with reference to the policy issue and the legal basis for a wider duty of care owing by a customer to a bank in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of his cheques, I come at last to my own conclusions on the issues in the appeal.

First, I would question the attempt in the present case to limit the application of the duties affirmed, as a matter of general principle, to a particular class or category of customers characterized somewhat vaguely as the "sophisticated commercial customer". With great respect, I do not think there is a sound basis in law for implying a duty in the banker and customer relationship with such a limitation. I agree with Cons J.A. in *Tai Hing* that such a duty if it exists must apply in every case of the banker and customer relationship and to all customers, whether sophisticated or not. Such a limitation or qualification, even if it were sound legally, would lead to great uncertainty. It does, however, serve to indicate that the trial judge was not so convinced as to where the balance lay on the policy issue with respect to the ordinary or unsophisticated customer. The duty to examine bank statements and vouchers with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time, which was the duty principally contended for by the Bank, would, in my view, have to be a duty that applied to all customers.

As I have indicated, the trial judge based the implication of the duties affirmed by him on "commercial custom", attaching particular importance to the following statement by Pratte J. in *Bank of Montreal v. Attorney General (Que.)*, *supra*, at p. 570:

However, bank contracts, such as the one between the government and the bank, are somewhat special in that they are usually silent as to their contents; the parties rely on commercial custom and the law. It is therefore

VII

Ayant brossé ce tableau de la jurisprudence touchant la question de la politique générale ainsi que le fondement juridique d'une obligation de diligence de portée plus large qu'à un client envers sa banque en matière de prévention et de détection du faux dans le tirage de ses chèques, j'en viens enfin à mes propres conclusions sur les questions en litige.

Premièrement, j'ai des doutes concernant la tentative en l'espèce de limiter l'application des obligations invoquées, selon un principe général, à une catégorie précise de clients qu'on désigne par l'expression plutôt vague de «client commercial averti». Avec grands égards, je ne crois pas qu'on soit fondé en droit à introduire dans les relations entre banquier et client une obligation implicite assujettie à une telle restriction. Tout comme le juge Cons dans l'affaire *Tai Hing*, j'estime que cette obligation, si elle existe, doit s'appliquer dans chaque cas où il y a des relations entre banquier et client et à tous les clients, qu'ils soient avertis ou non. Une telle limitation ou restriction, même à supposer qu'elle soit juridiquement valable, occasionnerait d'ailleurs une grande incertitude. Cela démontre néanmoins que le juge de première instance n'était pas aussi certain de ce qui devait l'emporter, du point de vue de la politique générale, pour ce qui est du client ordinaire ou non averti. L'obligation d'examiner avec un soin raisonnable les relevés bancaires et les pièces justificatives et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable, qui était celle qu'invoquait principalement la Banque, devrait, selon moi, s'appliquer à tous les clients.

Comme je l'ai déjà indiqué, le juge de première instance a fondé l'introduction des obligations implicites qu'il a énoncées sur «l'usage du commerce». Il a attaché une importance particulière à la déclaration suivante du juge Pratte dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Procureur général (Qué.)*, précité, à la p. 570:

Mais le contrat bancaire, tel que celui passé entre le gouvernement et la banque, offre ceci de particulier que les parties ne s'y expriment habituellement pas sur son contenu; elles s'en rapportent à l'usage du commerce et

appropriate to apply art. 1017 C.C., which reads as follows:

1017. The customary clauses must be supplied in contracts, although they be not expressed.

There is no doubt that the implication of terms in a contract on the basis of custom or usage is a well recognized category of implication that has been particularly important with respect to commercial contracts. It was noted in *Hutton v. Warren* (1836), 1 M. & W. 446, 150 E.R. 517, where Parke B. said at p. 475 M. & W. and at p. 521 E.R.: "It has long been settled, that in commercial transactions, extrinsic evidence of custom and usage is admissible to annex incidents to written contracts, in matters with respect to which they are silent. The same rule has also been applied to contracts in other transactions of life, in which known usages have been established and prevailed; and this has been done upon the principle of presumption that, in such transactions, the parties did not mean to express in writing the whole of the contract by which they intended to be bound, but a contract with reference to those known usages." Implication on the basis of custom or usage was referred to by Lord Wilberforce in *Liverpool City Council*, where in his discussion of the various kinds of implication, he said at p. 253: "Where there is, on the face of it, a complete, bilateral contract, the courts are sometimes willing to add terms to it, as implied terms: this is very common in mercantile contracts where there is an established usage: in that case the courts are spelling out what both parties know and would, if asked, unhesitatingly agree to be part of the bargain." As the statements of Parke B. and Lord Wilberforce indicate, however, implication on the basis of custom or usage is implication on the basis of presumed intention. (Of course custom is being used here as more or less synonymous with usage and not in the sense of custom that has become a rule of law. Cf. *The "Freiya" v. The "R.S."*, [1922] 1 W.W.R. 409, for a discussion of the distinction between custom and usage.) It is not too clear to me what the trial judge found in the present case to be the commercial custom on which he based the duties of care affirmed by him, but it would appear to have been the practice of a sophisticated commercial customer such as CP

à la loi. Il y a donc lieu d'appliquer l'art. 1017 C.c. qui se lit comme suit:

1017. On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.

^a Il ne fait pas de doute que l'introduction dans un contrat de termes implicites fondés sur la coutume ou l'usage est bien établie et qu'elle a revêtu une importance particulière en matière de contrats commerciaux. Dans l'affaire *Hutton v. Warren* (1836), 1 M. & W. 446, 150 E.R. 517, à la p. 475 M. & W. et à la p. 521 E.R., le baron Parke a souligné: [TRADUCTION] «Il est reconnu depuis longtemps que, dans des opérations commerciales, une preuve extrinsèque de la coutume et de l'usage est admissible pour ajouter à des contrats écrits des termes portant sur des points sur lesquels ces contrats sont muets. Cette même règle a également été appliquée à des contrats dans d'autres domaines, dans lesquels des usages connus ont été prouvés et prédominant; le tout en conformité avec la présomption selon laquelle, dans les opérations en question, les parties n'avaient pas voulu constater par écrit tous les termes du contrat par lequel elles avaient l'intention d'être liées, mais qu'au contraire, elles voulaient conclure un contrat par référence à ces usages connus.» Il a été question de l'introduction d'un terme implicite fondé sur la coutume ou l'usage dans l'affaire *Liverpool City Council*, où lord Wilberforce, dans son étude des différentes manières d'introduire un terme implicite, a dit, à la p. 253: [TRADUCTION] «Lorsqu'il existe un contrat bilatéral qui est en apparence complet, les tribunaux sont parfois prêts à y ajouter des termes implicites: cette pratique est fort commune dans les contrats commerciaux quand il y a un usage établi: les tribunaux ne font à ce moment-là que préciser ce que les deux parties savent et, si on le leur demandait, elles conviendraient sans hésiter que cela faisait partie du marché.» Les déclarations du baron Parke et de lord Wilberforce indiquent bien toutefois que l'introduction d'un terme implicite fondé sur la coutume ou l'usage repose sur une intention imputée aux parties. (Bien entendu, la coutume au sens où on l'entend ici est à peu près synonyme d'usage et n'a pas le sens de coutume devenue règle de droit. Cf. *The "Freiya" v. The "R.S."*, [1922] 1 W.W.R. 409, pour une analyse de la distinction entre la

Hotels, which he found to be known to and relied upon by the Bank, to operate a system of internal accounting controls which included a monthly bank reconciliation. With great respect, I would question whether this was sufficient to constitute a custom or usage on which a duty of care could be grounded as an implied term of the contract. It would seem to me that the evidence of the practice constituting such a custom or usage would have to be such as to support an inference of an understanding between the bank and the customer that the customer would examine his bank statements with reasonable care and report any discrepancies within a reasonable time, failing which he would be precluded from setting up the discrepancies against the bank. I question whether the evidence in the present case supports such an inference. In any event, there could be no such custom or usage with respect to the ordinary customer. Moreover, it is difficult to see how custom or usage could be found in the face of an established rule of law to the effect that in the absence of a verification agreement a customer does not owe a duty to his bank to examine bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time.

For similar reasons I am of the opinion that the duty contended for cannot be implied as a term of the banker and customer relationship in a particular case under the other category of implication based on presumed intention—the implication of a term as necessary to give business efficacy to a contract or as otherwise meeting the “officious bystander” test as a term which the parties would say, if questioned, that they had obviously assumed. It is clear from the established law and practice, including the recognition and use of verification agreements, that the duty contended for is not necessary to the business efficacy of the banker and customer relationship and cannot

coutume et l’usage.) Je ne vois pas très clairement ce que le juge de première instance a estimé être, en l’espèce, l’usage commercial sur lequel il a fondé les obligations de diligence à l’existence desquelles il a conclu, mais il paraît s’agir de la pratique d’un client commercial averti tel que CP Hôtels. Cette pratique, dont, selon le juge, la Banque était au courant et à laquelle elle s’était fiée, consistait en l’utilisation d’un système de contrôles comptables internes comprenant une conciliation bancaire mensuelle. Avec grands égards, je doute que cela suffise pour constituer une coutume ou un usage pouvant fonder une obligation de diligence en tant que terme implicite du contrat. À ce qu’il me semble, la preuve de la pratique constituant la coutume ou l’usage devrait être de nature à permettre de conclure à l’existence d’une entente entre la banque et le client en vertu de laquelle ce dernier examinerait ses relevés bancaires avec un soin raisonnable et signalerait les irrégularités dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il ne pourrait invoquer ces irrégularités contre la banque. Je ne suis pas convaincu que la preuve produite en l’espèce justifie une telle conclusion. Quoi qu’il en soit, il ne pouvait y avoir de coutume ni d’usage relativement aux clients ordinaires. De plus, on pourrait difficilement conclure à l’existence d’une coutume ou d’un usage, étant donné la règle de droit bien établie selon laquelle, en l’absence d’un accord de vérification, un client n’a aucune obligation envers sa banque d’examiner ses relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable.

Pour des raisons analogues, j’estime que l’obligation alléguée ne peut être introduite dans un cas donné comme un terme implicite des relations entre banquier et client en vertu de l’autre catégorie de termes implicites fondés sur l’existence d’une intention présumée, soit le terme implicite dont l’introduction est nécessaire pour donner à un contrat de l’efficacité commerciale ou pour permettre de quelque autre manière de satisfaire au critère de «l’observateur objectif», terme dont les parties diraient, si on leur posait la question, qu’elles avaient évidemment tenu son inclusion pour acquise. Il se dégage nettement du droit et de la pratique établis et notamment de la reconnais-

otherwise be presumed to have been intended by the customer. Banks in this country have managed to get along without it for a very long time.

There remains the question whether the duty contended for can and should be implied under the third category of implication, which does not depend on presumed intention—the implication of terms as legal incidents of a particular class or kind of contract, the nature and content of which have to be largely determined by implication. Such is clearly the ordinary relationship of banker and customer with respect to the operation of an account. The issue here, as I see it, is whether the test for such implication is to be reasonableness or necessity. This is an important issue of judicial policy respecting the limits of judicial power to impose obligations or duties on the parties to a contract by implication. It is reflected in the differing opinions of the Court of Appeal in *Liverpool City Council*. Although what was said there was said with reference to implication on the basis of presumed intention under the business efficacy or “officious bystander” tests, I think it applies equally to implication under what I have referred to as the third category. I am, therefore, with great respect, in agreement with the view expressed by the majority in the House of Lords in *Liverpool City Council* that the test in such a case of implication should also be one of necessity. It is said that not all the terms that have been implied in the banker and customer relationship reflect a test of necessity. That may well be arguable, although it is my impression from a consideration of the cases that most, if not all, of the terms that have been implied could be regarded as being required by the nature of that particular contractual relationship, to use the approach adopted by Viscount Simonds in *Lister* and Lord Wilberforce in *Liverpool City Council*. I think that is reflected in *Macmillan* and in other cases which have considered the implication of terms in the banker and customer relationship, such as *Joachimson v. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110, and *Tour-*

sance et de l'utilisation d'accords de vérification que l'obligation alléguée en l'espèce n'est pas indispensable à l'efficacité commerciale des relations entre banquier et client et qu'on ne saurait par
 a ailleurs prêter au client l'intention d'assumer une telle obligation. De fait, les banques canadiennes se passent d'une telle obligation, et ce, depuis fort longtemps.

b Reste la question de savoir si l'obligation invoquée peut et doit être introduite en vertu de la troisième catégorie de termes implicites, laquelle ne dépend pas de l'existence d'une intention présumée, soit l'introduction de termes en tant qu'accessoires juridiques d'une catégorie ou d'un type particuliers de contrats, dont la nature et la teneur doivent d'une manière générale être définies par
 c déduction. Tel est clairement le rapport normal
 d entre banquier et client relativement à l'administration d'un compte. La question qui se pose ici, selon moi, est de savoir si le critère d'introduction d'un tel terme doit être celui du caractère raisonnable ou celui de la nécessité. Il s'agit là d'une
 e question importante de politique judiciaire concernant les limites du pouvoir des tribunaux d'imposer aux parties à un contrat des obligations ou des devoirs implicites. Cela se manifeste dans les opinions divergentes exprimées en Cour d'appel dans
 f l'affaire *Liverpool City Council*. Bien que les observations faites dans cette affaire-là aient porté sur le terme implicite fondé sur l'existence d'une intention présumée, selon le critère de l'efficacité commerciale ou de celui de «l'observateur objectif», je crois qu'elles s'appliquent également à l'introduction d'un terme implicite fondé sur ce que j'ai appelé la troisième catégorie. Avec grands
 g égards, je partage donc l'avis, exprimé par la
 h majorité en Chambre des lords dans l'arrêt *Liverpool City Council*, selon lequel le critère à retenir dans un tel cas d'introduction d'un terme implicite devrait aussi être celui de la nécessité. Or, on dit que ce ne sont pas tous les termes implicites introduits dans les relations entre banquier et client qui reflètent l'application d'un critère de nécessité. Il se peut bien que ce point de vue soit soutenable, quoique mon examen de la jurisprudence m'amène
 i à la conclusion que la plupart, sinon la totalité, des
 j termes implicites qui ont été introduits peuvent être considérés comme requis par la nature de

nier v. National Provincial and Union Bank of England, [1924] 1 K.B. 461. I think it also affords a rationale for the duty of care that was held to be owing by banks to their customers in *Selangor and Karak Rubber*. In my opinion, a duty, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and report discrepancies within a reasonable time is not necessary or required by the contractual relationship in this sense. It should not, therefore, be imposed by judicial decision. If banks consider it to be necessary they may insist on verification agreements or obtain appropriate legislation if they can. What I have said about a duty to examine bank statements and report discrepancies applies, of course, *a fortiori*, to a duty to maintain an adequate system of internal controls for the prevention and minimization of loss through forgery.

In conclusion, then, I am of the opinion that a customer of a bank does not, in the absence of a verification agreement, owe a duty to the bank to examine his bank statements and vouchers with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time, nor does a customer, "sophisticated" or otherwise, owe a duty to its bank to maintain an adequate system of internal accounting controls for the prevention and minimization of loss through forgery.

It was not argued in this Court that if either of the duties of care contended for by the Bank did not exist in contract, they could arise in tort. Although some reliance was placed in argument on the judgment of the Hong Kong Court of Appeal in *Tai Hing*, which found a basis in tort as well as

cette relation contractuelle particulière, pour adopter la position prise par le vicomte Simonds dans l'affaire *Lister* et par lord Wilberforce dans l'affaire *Liverpool City Council*. À mon avis, c'est ce qui ressort de l'arrêt *Macmillan* et d'autres décisions dans lesquels on a étudié la question de l'introduction de termes implicites dans les relations entre banquier et client, par exemple les affaires *Joachimson v. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110 et *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 K.B. 461. J'estime que cela donne en outre une raison d'être à l'obligation de diligence qu'ont les banques envers leurs clients, comme on l'a jugé dans les affaires *Selangor et Karak Rubber*. À mon avis, en l'absence d'un accord de vérification, l'obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable n'est ni nécessaire ni requise par les relations contractuelles de ce genre. Elle ne devrait donc pas être imposée par voie de décision judiciaire. Si les banques la jugent nécessaire, elles peuvent tenir à ce que l'on conclue des accords de vérification ou elles peuvent essayer de faire adopter un texte législatif approprié. Bien entendu, ce que j'ai dit au sujet l'obligation d'examiner les relevés bancaires et de signaler les irrégularités s'applique à plus forte raison à l'obligation de maintenir un système adéquat de contrôles internes destinés à prévenir et à minimiser les pertes attribuables aux faux.

En conclusion, donc, je suis d'avis que le client d'une banque, en l'absence d'un accord de vérification, n'est pas tenu envers la banque d'examiner ses relevés bancaires et les pièces justificatives avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable, et le client, «averti» ou autre, n'est pas non plus tenu envers la banque de maintenir un système adéquat de contrôles comptables internes pour prévenir et minimiser les pertes attribuables au faux.

On n'a pas fait valoir devant nous que si aucune des obligations de diligence invoquées par la Banque n'existait sur le plan contractuel, elles pouvaient exister sur le plan délictuel. Bien qu'on ait aussi invoqué au cours des plaidoiries l'arrêt de la Cour d'appel de Hong Kong *Tai Hing*, qui a

in contract for a wider duty of care with respect to the forgery of a customer's cheques, a possible basis in tort for either the wider or narrower duty of care contended for in the present case was not seriously explored in this Court. Nor was any consideration given as to whether, as a matter of principle, a duty of care in tort could be held to arise in a contractual relationship from which the same duty had been excluded by the courts as an implied term of the contract. The appeal was argued before the judgment of this Court in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147. In order, however, that there should not remain uncertainty, in view of the manner in which this case was argued, as to whether the customer of a bank could owe a duty in tort, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time, I am of the opinion, assuming it to be arguable that such a duty could arise in tort, that the principle of concurrent or alternate liability in contract and in tort affirmed in *Rafuse* cannot extend to the recognition of a duty of care in tort when that same duty of care has been rejected or excluded by the courts as an implied term of a particular class of contract.

For these reasons I am of the opinion that the appellant was not in breach of any duty owing to the respondent and is therefore not precluded from setting up the forgeries against the respondent. I would accordingly allow the appeal, set aside the judgments of the Court of Appeal and the trial court and enter judgment in favour of the appellant for the amount of its claim against the respondent, with interest and costs.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the judgment of my colleague, Le Dain J. I am in general agreement with him but have some concerns about his comments in the latter part of his judgment regarding concurrent liability in contract and tort.

conclu qu'il existait un fondement délictuel aussi que contractuel à l'obligation de diligence large en ce qui concerne la contrefaçon des chèques d'un client, on n'a pas examiné réellement devant nous un fondement délictuel possible soit de l'obligation de diligence large soit de l'obligation de diligence restreinte plaidée en l'espèce. On n'a pas examiné non plus la question de savoir si, en principe, on pouvait conclure qu'une obligation de diligence sur le plan délictuel pouvait découler d'une relation contractuelle dont cette même obligation avait été exclue par les tribunaux en tant que terme implicite du contrat. Le pourvoi a été plaidé avant que cette Cour rende l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147. Toutefois, vu la façon dont cette affaire a été plaidée, pour écarter toute incertitude sur le point de savoir si le client d'une banque pouvait être tenu, sur le plan délictuel, en l'absence d'un accord de vérification, d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable, je suis d'avis, si l'on présume qu'il est soutenable qu'une telle obligation puisse exister sur le plan délictuel, que le principe de responsabilité concurrente ou alternative sur le plan contractuel et délictuel confirmé dans l'arrêt *Rafuse*, ne peut s'étendre à la reconnaissance d'une obligation de diligence sur le plan délictuel lorsque cette même obligation a été rejetée ou exclue par les tribunaux en tant que terme implicite d'une catégorie particulière de contrat.

Pour ces motifs, j'estime que l'appelante n'a manqué à aucune obligation envers l'intimée et qu'elle est admise à lui opposer les faux. Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de première instance et d'inscrire en faveur de l'appelante un jugement lui accordant la somme qu'elle réclame à l'intimée, le tout avec intérêts et dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Le Dain. Je suis d'accord avec lui de façon générale, mais j'ai quelques réticences au sujet des observations qu'il fait dans la dernière partie de ses motifs en ce qui concerne la responsabilité concurrente sur les plans contractuel et délictuel.

My colleague puts the matter on the ground that the principle of concurrent or alternate liability in contract and in tort cannot extend to the recognition of a duty of care in tort where that same duty of care has been rejected or excluded by the courts as an implied term of a particular class of contract. I would not approach it in this way. One should not, I think, focus discretely on the banker-customer contract without reference to its informing context. In interpreting this contract, the courts were dealing with only one aspect of a larger enterprise, namely, the elaboration of a general system or code governing bills of exchange which had been part of the law merchant and had its own policy and structural requirements. Not the least of the needs of this system was the necessity for clear rules of general application. In the case of forged cheques, the rule was clear. The banker was supposed to know his customer's signature and the liability was his if he honoured a cheque on which his customer's signature had been forged. There were exceptions based on estoppel, but these were narrow. Attempts to impose on the customer a wider duty were, as *Le Dain J.* notes, firmly rejected.

A major reason for the rejection of a wider duty is that already mentioned: the need for a rule that was clear in most circumstances, cutting within a narrow compass the cases where the loss was directly attributable to the customer because of negligence or otherwise. Parke B. clearly expressed the policy militating against a wider duty in *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 950, at pp. 410-11 (H.L.C.), p. 959 (E.R.):

If such negligence could disentitle the Plaintiffs, to what extent is it to go? If a man should lose his cheque-book, or neglect to lock the desk in which it is kept, and a servant or stranger should take it up, it is impossible in our opinion to contend that a banker paying his forged cheque would be entitled to charge his customer with that payment.

Mon collègue se fonde sur le fait que le principe de la responsabilité concurrente ou alternative sur les plans contractuel et délictuel ne peut pas emporter reconnaissance d'une obligation de diligence sur le plan délictuel lorsque cette même obligation de diligence a été rejetée ou écartée par les tribunaux. en tant que terme implicite d'une catégorie particulière de contrat. Je n'aborderais pas la question de cette façon-là. On ne doit pas, à mon avis, mettre distinctement l'accent sur le contrat entre le banquier et le client sans tenir compte du contexte. Dans l'interprétation de ce contrat, les tribunaux n'ont traité que d'un aspect d'une entreprise plus vaste, savoir l'élaboration d'un système ou d'un code général régissant les lettres de change, qui faisait partie du code de commerce et possédait ses propres règles et structures. Ce système avait notamment besoin de règles d'application générale qui étaient claires. Dans le cas des chèques contrefaits, la règle était claire. Le banquier était censé connaître la signature de son client et il était tenu responsable s'il acceptait un chèque sur lequel la signature de son client avait été contrefaite. Il existait des exceptions fondées sur une fin de non-recevoir, mais elles étaient limitées. Les tentatives d'imposer au client une obligation de portée plus large étaient, comme le fait remarquer le juge *Le Dain*, rejetées résolument.

L'une des principales raisons du rejet de l'existence d'une obligation de portée plus large a déjà été mentionnée: c'était la nécessité d'avoir une règle qui était claire dans la plupart des circonstances, limitant les cas où les pertes étaient attribuables directement au client en raison de sa négligence ou autrement. Le baron Parke a formulé clairement la règle qui milite contre l'existence d'une obligation de portée plus large, dans l'arrêt *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 959, aux pp. 410 et 411 (H.L.C.), p. 959 (E.R.):

[TRADUCTION] Si pareille négligence pouvait priver les demandresses de leur droit d'action, jusqu'où cela va-t-il? Si un homme perd son carnet de chèques ou néglige de fermer à clé le bureau dans lequel il le garde et qu'un serviteur ou un inconnu s'en empare, selon nous, on ne saurait prétendre qu'un banquier qui honore son chèque contrefait aurait le droit de débiter son client de ce paiement.

Such broad uncertainty is out of place in the governance of negotiable instruments.

A further justification for restricting the duty within narrow bounds was later advanced, namely, that this effected a better distribution of loss. As Bray J. put it in *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India*, [1909] 2 K.B. 1010, at p. 1026: "To the individual customer the loss would often be serious; to the banker, it is negligible." Whether that ground existed earlier I have not attempted to determine.

The fact is, however, that a choice was made in favour of a narrow duty at a time before and during which notions of tort and contract were emerging. That policy choice was based on considerations having nothing to do with distinctions between tort and contract. It was felt to be appropriate to the governance of negotiable instruments. To introduce a wider duty today under the rubric of the tort of negligence would effect the same uncertainties as those referred to by Parke B. in the *Bank of Ireland* case. The line between carelessness and negligence in many everyday situations can be extremely hard to draw, and as I mentioned before there is need for more precise boundaries in this area.

It was against the background above described that the *Bills of Exchange Act*, now R.S.C. 1970, c. B-5, and in particular s. 49(1), was enacted. Generally, what Parliament sought to do by the *Bills of Exchange Act* was to codify the pre-existing law. It must, as in other cases, be presumed to have known the law in enacting the provision that now governs the situation. I cannot believe Parliament, by the word "precluded" (which embodies the only exceptions to the general rule), would have meant to authorize at this late date a wide divergence from the rules for loss allocation that it sought to codify. This does not mean that the law is completely frozen, but it does mean that it cannot be expanded in such a way as to give rise under a new label to a wider duty that

Il n'y a pas de place pour une si grande incertitude dans la réglementation des effets négociables.

Une autre raison de restreindre l'obligation de diligence dans un cadre étroit a été avancée ultérieurement, savoir, que cela amenait une meilleure répartition des pertes. Comme l'a dit le juge Bray dans l'arrêt *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India*, [1909] 2 K.B. 1010, à la p. 1026: [TRADUCTION] «Pour le client individuel, la perte serait souvent très grave; pour le banquier, elle est négligeable.» Je n'ai toutefois pas tenté de déterminer si ce motif existait auparavant.

Le fait est, cependant, qu'on a opté pour une obligation de portée restreinte à une certaine époque antérieure et ce, pendant que les notions de délit et de contrat commençaient à se développer. Ce choix se fondait sur des raisons qui n'avaient rien à voir avec des distinctions entre les domaines délictuel et contractuel. On l'a estimé adapté à la réglementation des effets négociables. Faire entrer maintenant une obligation de portée plus large sous la rubrique du délit de négligence amènerait les mêmes incertitudes que celles que mentionnait le baron Parke dans l'arrêt *Bank of Ireland*. Il peut être extrêmement difficile de tracer la ligne de démarcation entre le manque de diligence et la négligence dans beaucoup de situations de tous les jours, et, ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, il existe un besoin de limites plus précises dans ce domaine.

C'est dans ce contexte qu'on a adopté la *Loi sur les lettres de change*, actuellement S.R.C. 1970, chap. B-5, et plus particulièrement le par. 49(1). En général, ce que le législateur fédéral a tenté de faire au moyen de la *Loi sur les lettres de change*, c'est de codifier le droit déjà existant. Il faut supposer, comme dans d'autres cas, qu'il connaissait le droit lorsqu'il a adopté la disposition qui régit maintenant la situation. Je ne puis croire que le législateur, avec l'expression «n'est pas admis» (qui exprime les seules exceptions à la règle générale), ait voulu permettre à cette date tardive une divergence marquée par rapport aux règles de répartition des pertes qu'il essayait de codifier. Cela ne signifie pas que le droit est complètement figé, mais cela signifie qu'il ne peut pas être étendu

is inconsistent with the basic policy choice it sought to codify.

I would, therefore, dispose of the appeal in the manner proposed by Le Dain J.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Bassel, Sullivan & Leake, Toronto.

Solicitors for the respondent: Fraser & Beatty, Toronto.

de façon à donner naissance sous une nouvelle appellation à une obligation de portée plus large qui soit incompatible avec le choix de règles fondamentales qu'il tentait de codifier.

^a Je suis d'avis donc de disposer du pourvoi de la manière que propose le juge Le Dain.

Pourvoi accueilli avec dépens.

^b *Procureurs de l'appelante: Bassel, Sullivan & Leake, Toronto.*

Procureurs de l'intimée: Fraser & Beatty, Toronto.

**Daniel Robert Laybourn, Edwin Hanson
Bulmer and Richard Ray Illingworth**
Appellants

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. V. BULMER

File Nos.: 18221, 18222, 18251.

1986: February 7; 1987: June 4.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Chouinard*,
Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Rape and indecent assault — Defence of mistake of fact — Mistaken belief in consent — Whether the defence should have been left with the jury — Whether trial judge properly charged the jury.

At the trial of the accused on charges of rape, attempted rape and indecent assault, the evidence indicated that the complainant, a prostitute, agreed to provide her services to Laybourn for a certain price. She testified that they went to a hotel room and on entering she discovered the other two accused and objected to their presence. Illingworth sought to engage the favours of the complainant. She quoted her price and told him to come back in twenty minutes. Bulmer and Illingworth then left but returned shortly after. A discussion followed and Illingworth told the complainant that she would have to provide her services without payment. Frightened, she performed various sexual acts with all three. She denied giving consent and receiving payment. There was no physical violence other than the various sexual acts. Bulmer did not give evidence. Laybourn and Illingworth testified that price was discussed with the complainant after Bulmer and Illingworth returned to the room and that she finally agreed to have sex with them for twenty dollars each. No threats were made. The occupant of an adjoining room testified that he heard two accused leave and return. He also heard the woman complaining about their presence. Her voice seemed normal at first, but as time passed it took on a whining, wheedling tone. There was also discussion about price.

In defence, the appellants took the position that the complainant had consented to the acts. Counsel made

* Chouinard J. took no part in the judgment

**Daniel Robert Laybourn, Edwin Hanson
Bulmer et Richard Ray Illingworth** *Appelants*

a c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BULMER

N^{os} du greffe: 18221, 18222, 18251.

b

1986: 7 février; 1987: 4 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre,
Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Exposé au jury — Viol et attentat à la pudeur — Défense d'erreur de fait — Croyance erronée au consentement — Le moyen de défense aurait-il dû être présenté au jury? — Le juge du procès a-t-il donné des directives appropriées au jury?

Au procès des accusés sur des accusations de viol, de tentative de viol et d'attentat à la pudeur, la preuve a révélé que la plaignante, une prostituée, avait accepté de fournir ses services à Laybourn pour un certain prix. Elle a déposé qu'ils sont allés dans une chambre d'hôtel et qu'en entrant elle a découvert les deux autres accusés et s'est opposée à leur présence. Illingworth a cherché à obtenir les favours de la plaignante. Elle a donné son prix et lui a dit de revenir dans vingt minutes. Bulmer et Illingworth sont alors partis mais sont revenus peu après. Il y a eu une discussion et Illingworth a dit à la plaignante qu'elle devrait fournir ses services sans être payée. Effrayée, elle a accompli divers actes sexuels avec les trois hommes. Elle a nié avoir donné son consentement et avoir été payée. Il n'y a pas eu de violence physique autre que les divers actes sexuels. Bulmer n'a pas témoigné. Laybourn et Illingworth ont déposé que le prix a été discuté avec la plaignante après que Bulmer et Illingworth furent revenus à la chambre et qu'elle a finalement accepté d'avoir des rapports sexuels avec eux pour vingt dollars chacun. Aucune menace n'a été proférée. L'occupant d'une chambre voisine a déposé qu'il avait entendu deux accusés s'en aller et revenir. Il a également entendu la femme se plaindre de leur présence. Tout d'abord sa voix semblait normale mais avec le temps elle a pris un ton plaignard et câlin. Il y a également eu une discussion au sujet du prix.

En défense, les appelants ont adopté la position selon laquelle la plaignante avait consenti aux actes. L'avocat

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

the alternative submission that Laybourn had held an honest but mistaken belief in consent. The trial judge left the defence to the jury and told the jury that all three could rely upon the defence. The jury returned verdicts of guilty of rape against both Laybourn and Illingworth. Bulmer was acquitted of rape, but convicted of indecent assault. The majority of the Court of Appeal dismissed the appellants' appeals. The appeal here is to determine (1) whether on the facts of this case the defence of honest but mistaken belief should have been left with the jury, and (2) whether the charge to the jury was correct.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Dickson C.J. and McIntyre, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.: When the defence of honest but mistaken belief in consent—or for that matter any other defence—is raised, two distinct steps are involved. The first step for the trial judge is to decide if the defence should be put to the jury. To leave the defence to the jury, there must be evidence before the court that gives an air of reality to the defence. In such cases, the second step requires the trial judge to explain the law to the jury, review the relevant evidence, and leave the jury with the issue of guilt or innocence. The jury must consider all the evidence, and they must be satisfied beyond a reasonable doubt in the case of a rape charge that there was no consent before they may convict. Where they find there was consent or honest belief in consent, or if they have a doubt on either issue, they must acquit. They should be told as well that the belief, if honestly held, need not be based on reasonable grounds. In cases arising since the enactment of s. 244(4) of the *Criminal Code*, they should also be directed that, when considering all the evidence relating to the question of the honesty of the accused's asserted belief in consent, they must consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief.

There was evidence in this case to lend an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent and the trial judge was not in error in deciding to put the defence to the jury. However, in dealing with the defence, the trial judge was clearly wrong in the supplementary charge to leave the jury with the impression that there must be reasonable grounds for the

a fait valoir l'argument subsidiaire que Laybourn avait cru sincèrement mais à tort qu'elle avait consenti. Le juge du procès a présenté le moyen de défense au jury et lui a dit que tous les trois pouvaient invoquer ce moyen. Le jury a rendu des verdicts de culpabilité de viol contre Laybourn et Illingworth. Bulmer a été acquitté du viol mais déclaré coupable d'attentat à la pudeur. La Cour d'appel a, à la majorité, rejeté les appels des appelants. Le présent pourvoi a pour but de déterminer si (1) d'après les faits de l'espèce, la défense de croyance sincère mais erronée aurait dû être soumise au jury et (2) si l'exposé au jury sur la question était approprié.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Wilson, Le Dain et La Forest: Lorsque la défense de croyance sincère mais erronée au consentement—ou d'ailleurs, tout autre moyen de défense—est soulevée, un raisonnement en deux étapes distinctes s'impose. La première étape exige que le juge du procès décide si le moyen de défense devrait être soumis au jury. Pour soumettre le moyen de défense au jury, il doit y avoir des éléments de preuve soumis à la cour qui donnent une apparence de vraisemblance au moyen de défense. Dans un tel cas, la deuxième étape exige que le juge du procès explique le droit au jury, passe en revue les éléments de preuve pertinents et laisse au jury le soin de trancher la question de la culpabilité ou de l'innocence. Le jury doit examiner tous les éléments de preuve et, avant de pouvoir rendre un verdict de culpabilité, il doit être convaincu hors de tout doute raisonnable dans le cas d'une accusation de viol qu'il n'y a eu aucun consentement. Lorsque les jurés concluent qu'il y avait consentement ou croyance sincère au consentement ou s'ils ont un doute sur l'un ou l'autre point, ils doivent rendre un verdict d'acquiescement. On devrait également leur dire qu'il n'est pas nécessaire que la croyance, si elle est sincère, doive être fondée sur des motifs raisonnables. Dans les affaires survenant depuis l'adoption du par. 244(4) du *Code criminel*, on devrait également leur dire de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé au consentement, la présence ou l'absence de motifs raisonnables à l'appui de celle-ci.

En l'espèce, il y avait des éléments de preuve qui accordaient à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement une apparence de vraisemblance et le juge du procès n'a pas commis d'erreur en décidant de soumettre la défense au jury. Toutefois, en traitant du moyen de défense, le juge du procès a clairement commis une erreur dans son exposé supplémentaire en

honest but mistaken belief before the defence could prevail.

Per Lamer J.: A mere assertion by counsel that the accused believed the victim was consenting would not meet the "air of reality" test. But the test should not be understood as going so far as enabling a trial judge to choose not to leave the defence of honest belief with the jury in cases where an accused has taken the stand and asserted under oath that he honestly believed in consent. An accused's oath to the effect that he honestly believed in consent is always some evidence, and its probative value in any given case belongs to the jury and not to the trial judge.

Cases Cited

By McIntyre J.

Referred to: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *Workman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918.

By Lamer J.

Referred to: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 244(4) [en. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 246.4 [en. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 618(1)(a) [am. 1974-75-76, c. 105, s. 18(1)].

Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4. Adapted by Robert Malcolm Kerr. Boston: Beacon Press, 1962.

Great Britain. Advisory Group on the Law of Rape. *Report of the Advisory Group on the Law of Rape*. London: H.M.S.O., 1975.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1983), 10 C.C.C. (3d) 256, dismissing appellants' appeals from two convictions for rape and one of indecent assault. Appeal allowed and new trial ordered.

Howard Rubin and Kenneth S. Westlake, for the appellants.

donnant au jury l'impression que la croyance sincère mais erronée devait se fonder sur des motifs raisonnables pour que le moyen de défense puisse être utilisé.

Le juge Lamer: Une simple déclaration de l'avocat selon laquelle l'accusé croyait que la victime consentait ne satisfait pas au critère d'apparence de vraisemblance. Toutefois, il ne faut pas comprendre que le critère va jusqu'à permettre au juge du procès de choisir de ne pas soumettre au jury le moyen de défense de croyance sincère même lorsque l'accusé a témoigné et affirmé sous serment qu'il croyait sincèrement au consentement. Le serment d'un accusé portant qu'il croyait sincèrement au consentement constitue toujours une certaine preuve et sa valeur probante dans chaque cas particulier doit être appréciée par le jury et non par le juge du procès.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêts mentionnés: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Wu v. The King*, [1934] R.C.S. 609; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220; *Workman v. The Queen*, [1963] R.C.S. 266; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918.

Citée par le juge Lamer

Arrêts mentionnés: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802.

f Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 244(4) [aj. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19], 246.4 [aj. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19], 618(1)a [mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 18(1)].

g

Doctrine citée

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4. Adapted by Robert Malcolm Kerr. Boston: Beacon Press, 1962.

h Great Britain. Advisory Group on the Law of Rape. *Report of the Advisory Group on the Law of Rape*. London: H.M.S.O., 1975.

i POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 10 C.C.C. (3d) 256, qui a rejeté les appels des appelants contre deux déclarations de culpabilité de viol et une d'attentat à la pudeur. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

j *Howard Rubin et Kenneth S. Westlake*, pour les appelants.

C. A. Ryan, for the respondent.

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

MCINTYRE J.—This case involves an appeal from two convictions of rape and one of indecent assault. There are two issues involved. The first, whether on the facts of this case the defence of mistake of fact should have been left with the jury, and the second, whether the charge to the jury on the question was correct.

The complainant was a prostitute. Late on the evening of July 13, 1980, the three appellants were together in the appellant Bulmer's hotel room. Laybourn left and picked up the complainant on the street. According to the complainant, they discussed sexual acts and prices and struck a bargain. She agreed to provide her services for eighty dollars. They returned to Bulmer's room and on entering discovered the other two. The complainant objected to their presence and they left. Before leaving, Illingworth sought to engage the favours of the complainant. She quoted her price and told him to come back in twenty minutes. When they left, Laybourn gave her eighty dollars. The other two returned to the room in a few minutes and Bulmer, learning that Laybourn had paid eighty dollars, said that the complainant was not worth that sum. He told her to return the money, which she did. She was frightened and Illingworth told her she would have to perform without payment. She then performed various sexual acts with the three appellants, asserting that she did so only out of fear. She denied giving consent. The police arrived at the room after some time and she left with them complaining of rape. She said there was no physical violence other than the various sexual acts and she received no payment.

Laybourn and Illingworth gave evidence. Bulmer did not. Laybourn confirmed the complainant's story of the departure and quick return of

C. A. Ryan, pour l'intimée.

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

LE JUGE MCINTYRE—L'espèce porte sur un pourvoi contre deux déclarations de culpabilité de viol et une d'attentat à la pudeur. Deux questions sont soulevées. La première est de savoir si d'après les faits de l'espèce, la défense d'erreur de fait aurait dû être présentée au jury et la seconde est de savoir si l'exposé au jury sur la question était approprié.

La plaignante était une prostituée. Tard dans la soirée du 13 juillet 1980, les trois appelants se trouvaient ensemble dans la chambre d'hôtel de l'appelant Bulmer. Laybourn est sorti et a ramassé la plaignante dans la rue. Selon cette dernière, ils ont discuté d'actes sexuels et de prix et en sont venus à une entente. Elle a accepté de fournir ses services pour quatre-vingts dollars. Ils sont revenus à la chambre de Bulmer et en entrant ils ont découvert les deux autres. La plaignante s'est opposée à leur présence et ils sont partis. Avant de quitter la chambre, Illingworth a cherché à obtenir les faveurs de la plaignante. Elle a donné son prix et lui a dit de revenir dans vingt minutes. Lorsqu'ils sont partis, Laybourn lui a donné quatre-vingts dollars. Quelques minutes plus tard les deux autres sont revenus dans la chambre et Bulmer, en apprenant que Laybourn avait payé quatre-vingts dollars, a dit que la plaignante ne valait pas cette somme. Il lui a dit de rendre l'argent, ce qu'elle a fait. Elle avait peur et Illingworth lui a dit qu'elle devrait s'exécuter sans être payée. Elle a alors accompli divers actes sexuels avec les trois appelants, affirmant qu'elle l'avait fait seulement parce qu'elle avait peur. Elle a nié avoir donné son consentement. Les policiers sont arrivés à la chambre quelque temps plus tard et elle est partie avec eux en se plaignant de viol. Elle a dit qu'il n'y avait pas eu de violence physique autre que les divers actes sexuels et qu'elle n'avait reçu aucun paiement.

Laybourn et Illingworth ont témoigné. Bulmer ne l'a pas fait. Laybourn a confirmé la version de la plaignante en ce qui a trait au départ et au

Illingworth and Bulmer. Then, according to his evidence, a discussion occurred. The complainant wanted sixty dollars from each man. They said they would pay her twenty dollars each. Laybourn told her she could take twenty dollars or leave. She seemed 'jumpy' but didn't leave. She then asked if she could go when she had finished with them and he replied that she could go at once if she wished. She agreed to a price of twenty dollars from each man and various sexual acts, including intercourse, followed. No threats were made. Generally, Illingworth's evidence supported Laybourn's.

Evidence of what went on in the hotel room was also given by one Jones who occupied an adjoining room. From conversation overheard, he concluded that the woman was a prostitute. He heard Bulmer and Illingworth leave, go down the hall, and return. He heard the woman complain at the presence of the two men in the room and he heard conversation including a male voice saying, "you are in a tough business baby and you have got to learn to take it". At first, her voice seemed normal, but as time passed it took on a whining, wheedling tone. There was discussion about price, the woman saying she wanted sixty dollars each and a male voice saying they would pay her twenty dollars.

At trial, the appellants took the position that the complainant had consented to the acts. Counsel made the alternative submission that Laybourn had held an honest but mistaken belief in consent. The trial judge left the defence to the jury and told the jury that all three could rely upon the defence. The jury returned verdicts of guilty of rape against both Laybourn and Illingworth. Bulmer was acquitted of rape, but convicted of indecent assault. An appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed, with Lambert J.A. dissenting: (1983), 10 C.C.C. (3d) 256. This appeal is taken, under s. 618(1)(a) of the *Criminal Code*, on the basis of the dissent.

retour hâtif d'Illingworth et Bulmer. Donc, selon son témoignage, il y a eu une discussion. La plaignante exigeait soixante dollars de chacun. Ils ont dit qu'ils lui paieraient vingt dollars chacun. Laybourn lui a dit qu'elle pouvait le prendre ou s'en aller. Elle semblait nerveuse mais n'est pas partie. Elle a alors demandé si elle pourrait s'en aller lorsqu'elle aurait fini avec eux et il a répondu qu'elle pouvait s'en aller tout de suite si elle le voulait. Elle a accepté un prix de vingt dollars de chaque homme et divers actes sexuels ont été exécutés, y compris des rapports sexuels. Aucune menace n'a été proférée. D'une manière générale, le témoignage d'Illingworth a appuyé celui de Laybourn.

Un nommé Jones qui occupait la chambre voisine a également témoigné sur ce qui s'est passé dans la chambre d'hôtel. D'après les conversations qu'il a entendues, il avait conclu que la femme était une prostituée. Il a entendu Bulmer et Illingworth s'en aller, passer dans le couloir et revenir. Il a entendu la femme se plaindre de la présence des deux hommes dans la chambre et il a entendu une conversation, y compris une voix masculine qui disait, [TRADUCTION] «tu fais un dur métier bébé et tu devrais t'y habituer». Tout d'abord sa voix semblait normale mais avec le temps elle a pris un ton plaignard et câlin. Il y a eu une discussion au sujet du prix, la femme disait qu'elle voulait soixante dollars de chacun et une voix masculine disait qu'ils lui paieraient vingt dollars.

Au procès, les appelants ont adopté la position selon laquelle la plaignante avait consenti aux actes. L'avocat a fait valoir l'argument subsidiaire que Laybourn avait cru sincèrement mais à tort qu'elle avait consenti. Le juge du procès a présenté le moyen de défense au jury et lui a dit que tous les trois pouvaient invoquer ce moyen. Le jury a rendu des verdicts de culpabilité de viol contre Laybourn et Illingworth. Bulmer a été acquitté du viol, mais déclaré coupable d'attentat à la pudeur. L'appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté, le juge Lambert étant dissident: (1983), 10 C.C.C. (3d) 256. Le pourvoi est interjeté aux termes de l'al. 618(1)a) du *Code criminel*, sur le fondement de la dissidence.

In the Court of Appeal (Taggart, Craig and Lambert JJ.A.), Taggart J.A. was of the view that the trial judge was right in leaving the defence of mistake of fact to the jury. He considered that the jury would not be misled by the charge; that the trial judge's instructions would not leave the jury with the impression that the appellants were obliged to show that their mistaken belief in consent was a reasonable one. Craig J.A. considered that the defence of mistake of fact should not have been put to the jury. In this case, he said, the issue was consent or no consent and there was no basis in the evidence for a defence of honest but mistaken belief in consent. He agreed with Taggart J.A., however, that taken as a whole, the trial judge's charge to the jury was adequate.

Lambert J.A. in his dissent was of the view that in the circumstances of this case the judge was required to put the defence of mistake of fact to the jury. He considered, however, that the defence was incorrectly put. The dissent is recorded in the formal order of the Court of Appeal in these terms:

1. THAT the learned trial judge erred in instructing the jury that the defence of honest but mistaken belief in consent required something more than a genuine belief in consent in the mind of the accused and in instructing the jury that there must be some objective evidence from which an inference could be drawn that the complainant might be consenting.

2. THAT the learned trial judge erred in leaving with the jury, the impression that there must be reasonable grounds to support the defence of honest but mistaken belief in consent.

The appellants raised three grounds of appeal in a revised factum which was filed on behalf of all three. The first issue raised alleges error on the part of the trial judge, upon the same basis as that mentioned in ground No. 1 of the dissent of Lambert J.A. The other two grounds raised points not dealt with below, which required the leave of this Court. They were expressed in the factum thus:

En Cour d'appel composée des juges Taggart, Craig et Lambert, le juge Taggart a exprimé l'avis que le juge du procès a eu raison de présenter au jury la défense d'erreur de fait. Il a considéré que le jury n'avait pas été trompé par l'exposé, que les directives du juge du procès n'avaient pas laissé au jury l'impression que les appelants étaient tenus de démontrer que leur croyance erronée au consentement était raisonnable. Le juge Craig a considéré que la défense d'erreur de fait n'aurait pas dû être présentée au jury. Selon lui, dans cette affaire, la question portait sur le consentement ou l'absence de consentement et rien dans la preuve ne permettait d'appuyer une défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Toutefois, il a convenu avec le juge Taggart que, pris dans son ensemble, l'exposé du juge du procès au jury était adéquat.

Le juge Lambert dans sa dissidence a été d'avis que dans les circonstances de cette affaire le juge était tenu de présenter la défense d'erreur de fait au jury. Toutefois, il a considéré que la défense avait été présentée de manière incorrecte. La dissidence est inscrite dans la minute de l'ordonnance de la Cour d'appel de la manière suivante:

[TRADUCTION] 1. QUE le juge du procès a commis une erreur en disant au jury que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement exigeait que quelque chose de plus qu'une croyance réelle au consentement soit présent dans l'esprit des accusés, et en disant au jury qu'il doit avoir un élément de preuve objectif dont on peut déduire que la plaignante pourrait avoir consenti.

2. QUE le juge du procès a commis une erreur en donnant au jury, l'impression qu'il doit y avoir des motifs raisonnables à l'appui de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

Les appelants ont soulevé trois moyens d'appels dans un mémoire révisé qui a été déposé pour le compte des trois. La première question soulevée allègue une erreur de la part du juge du procès sur le même fondement que celui qui est mentionné dans le premier motif de la dissidence du juge Lambert. Les deux autres moyens ont soulevé des points qui n'ont pas été traités devant les tribunaux d'instance inférieure et qui ont nécessité l'autorisation de cette Cour. Ils ont été exprimés dans le mémoire de la manière suivante:

2. The Learned Trial Judge was without jurisdiction to conduct a joint trial against the Applicants as the Crown had proceeded against each of the Applicants severally.

3. The Learned Trial Judge erred in law having embarked on a trial of the Applicants, in directing the Jury that they acted jointly and further in not directing the Jury that the actions and words in fact evidence of each one could not be used against each of the others.

An application for leave to appeal in respect of both grounds was refused. The Court did not feel it necessary to call upon counsel for the Crown on that application. The appeal then turned on the "mistake of fact" issue. The appellants argued that the trial judge was in error in instructing the jury that the defence required objective evidence, apart from the testimony of the accused, to support the proposition that the complainant may have been consenting. The Crown contended that if the defence was open on the evidence, then the judge's charge was adequate and did not confuse the jury.

The Law Generally

The defence of mistake of fact is of long standing in law and was referred to as a settled principle by Blackstone in his *Commentaries on the Laws of England* in the latter part of the eighteenth century. At page 25 of vol. 4 of the *Commentaries* (Beacon Press, Boston, 1962), the following appears under the marginal note "Ignorance or mistake":

Fifthly; *ignorance* or *mistake* is another defect of will; when a man, intending to do a lawful act, does that which is unlawful. For here the deed and the will acting separately, there is not that conjunction between them, which is necessary to form a criminal act. But this must be an ignorance or mistake of fact, and not an error in point of law. As if a man intending to kill a thief or housebreaker in his own house, 'under circumstances which would justify that act,' by mistake kills one of his own family, this is no criminal action; but if a man thinks he has a right to kill a person excommunicated or outlawed, wherever he meets him, and does so, this is wilful murder. For a mistake in point of law, which every person of discretion not only may, but is bound and presumed to know, is in criminal cases no sort of defence. *Ignorantia juris, quod quisque tenetur scire,*

[TRADUCTION] 2. Le juge du procès n'était pas compétent pour entendre un procès conjoint contre les requérants car le ministère public avait procédé séparément contre chacun d'eux.

a 3. Le juge du procès a commis une erreur de droit en entamant le procès contre les requérants en donnant des directives au jury selon lesquelles ils avaient agi conjointement et en outre en ne disant pas au jury que les actes et les paroles de chacun d'eux rapportés dans la preuve
b des faits ne pouvaient pas être utilisés contre chacun des autres.

Une demande d'autorisation de pourvoi à l'égard des deux moyens a été refusée. La Cour n'a pas jugé nécessaire d'entendre l'avocat du ministère public sur cette demande. Le pourvoi porte donc sur la question de l'erreur de fait, car les appelants soutiennent que le juge du procès a commis une erreur en expliquant au jury que la défense exigeait des éléments de preuve objectifs, outre le témoignage des accusés, à l'appui de la proposition que la plaignante avait pu donner son consentement. Le ministère public a soutenu que si la défense était permise vu la preuve, alors l'exposé
c du juge était adéquat et n'a pas embrouillé le jury.
d
e

Le droit en général

La défense d'erreur de fait existe depuis longtemps en droit et Blackstone l'a mentionnée comme un principe établi dans ses *Commentaries on the Laws of England*, dans la dernière partie du dix-huitième siècle. À la page 25 du vol. 4 des *Commentaries* (Beacon Press, Boston, 1962), le paragraphe suivant se trouve sous la note marginale «Ignorance ou erreur»:

[TRADUCTION] Cinquièmement; l'*ignorance* ou l'*erreur* est un autre défaut de la volonté; lorsqu'un homme qui a l'intention d'accomplir un acte légal accomplit un acte illégal. Car dans ce cas-là l'acte et la volonté agissent de manière distincte, il n'existe pas de conjonction entre les deux, ce qui est nécessaire pour constituer un acte criminel. Toutefois, cela doit être une ignorance ou une erreur de fait et non une erreur sur un point de droit. Si un homme qui a l'intention de tuer un voleur ou un cambrioleur dans sa propre maison, «dans des circonstances qui justifieraient cet acte» tue par erreur un membre de sa propre famille, il ne s'agit pas d'un acte criminel; toutefois si un homme croit qu'il a le droit de tuer une personne excommuniée ou hors-la-loi, où qu'il la rencontre, et le fait, il s'agit d'un meurtre prémédité. Toutefois, une erreur sur un point de droit, que toute

neminem excusat, is as well the maxim of our own law, as it was of the Roman.

The defence has been variously described and may be conveniently stated in these terms. If an accused entertains an honest belief in the existence of a set of circumstances which, if they existed at the time of the commission of an otherwise criminal act, would have justified his act and rendered it non-criminal, he is entitled to an acquittal. The law on this question as far as Canada is concerned has been stated authoritatively in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120. Dickson J. (as he then was), writing on this point with the concurrence of the majority of the Court, held that the defence was available in Canada, that it goes to the question of whether the accused had the necessary *mens rea* for the commission of the crime involved, and that the mistaken belief upon which the defence rests need not be reasonable, if honestly held. The subject has been further explored by my colleague, Wilson J., in her reasons for judgment in *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918 (judgment delivered concurrently), with whose observations I agree. Our task then is to inquire whether in the circumstances of the case at bar the defence ought to have been put to the jury, and when it was put, was it done correctly?

It is well settled law that in his charge the trial judge must put to the jury all defences that may arise upon the evidence, whether they have been raised by counsel for the defence or not. In doing so, he is obliged to explain the law respecting the defence and to refer the jury to the evidence which may be relevant on that issue. Before putting the defence, however, the trial judge must decide whether in the facts before him the defence arises on the evidence. It is only when he decides this question in favour of the defence that he must leave it to the jury, for a trial judge is not bound to put every defence suggested by counsel in the absence of some evidentiary base. Indeed, he

personne censée non seulement peut mais doit connaître et est présumée connaître, ne constitue pas une défense dans une affaire criminelle. De même *Ignorantia juris, quod quisque tenetur scire, neminem excusat*, constitue la maxime de notre propre droit, comme elle était celle du droit romain.

La défense a été décrite de diverse façon et peut être commodément énoncée dans les termes suivants. Si un accusé croit sincèrement à l'existence d'un ensemble de circonstances qui, s'il existait au moment de la perpétration d'un acte par ailleurs criminel, aurait justifié son acte et lui aurait ôté son caractère criminel, il a le droit d'être acquitté. Le droit sur cette question, pour ce qui est du Canada, a été énoncé de manière précise dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120. Le juge Dickson (maintenant juge en chef), dont les motifs sur ce point ont reçu l'accord de la majorité de la Cour, a conclu que la défense existait au Canada, qu'il fallait examiner la question de savoir si l'accusé avait la *mens rea* nécessaire pour la perpétration du crime visé et qu'il n'était pas nécessaire que la croyance erronée sur laquelle la défense est fondée soit raisonnable si elle est sincère. Le juge Wilson a exploré le sujet plus à fond dans ses motifs de jugement dans l'affaire *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918 (rendue concurremment), et je suis d'accord avec ses observations. Notre tâche est donc d'examiner si, dans les circonstances de l'espèce, la défense aurait dû être présentée au jury et, lorsqu'elle l'a été, est-ce que cela a été fait correctement?

Il est bien établi en droit que dans son exposé au jury le juge du procès doit présenter tous les moyens de défense qui peuvent être soulevés d'après les éléments de preuve, qu'ils aient été plaidés par l'avocat de la défense ou non. Ainsi, il est obligé d'expliquer le droit concernant le moyen de défense et de signaler au jury l'élément de preuve qui peut être pertinent à cet égard. Toutefois, avant de présenter la défense, le juge du procès doit décider si, d'après les faits qui lui sont présentés, le moyen de défense découle des éléments de preuve. C'est seulement lorsqu'il rend une décision favorable sur cette question qu'il doit présenter la défense au jury, car le juge du procès n'est pas tenu de présenter tous les moyens de défense proposés par l'avocat en l'absence d'élé-

should not do so, for to put a wholly unsupported defence would only cause confusion.

This question was dealt with in some detail in *Pappajohn*. The majority of the Court were of the view that a defence should be put when there was evidence before the Court which would give an air of reality to the defence. While Dickson and Estey JJ. dissented from the majority on the question of whether such evidence existed, they expressed no disapproval of the test for putting the defence adopted by the majority. At page 127 in the *Pappajohn* case, the matter was discussed and such cases as *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; and *Workman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266, were cited.

In discussing the application of the “air of reality” test in the *Pappajohn* case, I said, at p. 133:

To require the putting of the alternative defence of mistaken belief in consent, there must be, in my opinion, some evidence beyond the mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant. This evidence must appear from or be supported by sources other than the appellant in order to give it any air of reality.

These words appear, on occasion, to have been misunderstood, but I do not withdraw them. There will not be an air of reality about a mere statement that “I thought she was consenting” not supported to some degree by other evidence or circumstances arising in the case. If that mere assertion were sufficient to require a trial judge to put the “mistake of fact” defence, it would be a simple matter in any rape case to make such an assertion and, regardless of all other circumstances, require the defence to be put. It must be remembered that at this stage of the proceedings the trial judge is not in any way concerned with the question of guilt or innocence. He is not concerned with the weight of evidence or with the credibility of evidence. The question he must answer is this. In all the circumstances of this case, is there any reality in the defence? To answer this question, he must consider all the evidence, all the circumstances. The

ments de preuve à l'appui. En fait, il ne devrait pas le faire, car présenter un moyen de défense qui n'est absolument pas appuyé par un élément de preuve ne causerait que de la confusion.

^a Cette question a été traitée en détail dans l'arrêt *Pappajohn*. La Cour a été d'avis à la majorité qu'une défense devait être soumise au jury lorsqu'un élément de preuve qui lui donne une apparence de vraisemblance est présenté à la cour. Bien que les juges Dickson et Estey aient été en désaccord avec la majorité sur l'existence de cet élément de preuve, ils n'ont pas désapprouvé le critère de présentation de la défense adopté par cette dernière. La question a été analysée à la p. 127 de l'arrêt *Pappajohn* et les arrêts *Wu v. The King*, [1934] R.C.S. 609, *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220, et *Workman v. The Queen*, [1963] R.C.S. 266, ont été cités.

^d En analysant l'application du critère de l'«apparence de vraisemblance» dans l'arrêt *Pappajohn*, j'ai dit à la p. 133:

^e Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, il faut, à mon avis d'autres preuves que la simple affirmation par l'appelant d'une croyance au consentement. Cette preuve doit ressortir d'autres sources que l'appelant, ou s'y appuyer, pour lui donner une apparence de vraisemblance.

^g Ces termes paraissent, à l'occasion, avoir été mal interprétés, mais je ne me rétracte pas. Il n'y aura pas d'apparence de vraisemblance à la simple affirmation «je croyais qu'elle consentait» sans que ce ne soit appuyé dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances de l'affaire. Si cette simple affirmation était suffisante pour obliger le juge du procès à présenter le moyen de défense «d'erreur de fait», il suffirait dans toute affaire de viol de faire une telle déclaration et, peu importe les autres circonstances, exiger que le moyen de défense soit soumis au jury. Il faut se souvenir que, à ce stade des procédures, le juge du procès n'examine aucunement la question de la culpabilité ou de l'innocence. Il ne s'intéresse pas à la force probante des éléments de preuve ou à la crédibilité des témoignages. La question à laquelle il doit répondre est la suivante. Vu toutes les circonstances de l'espèce, le moyen de défense

statement of the accused alleging a mistaken belief will be a factor but will not by itself be decisive, and even in its total absence, other circumstances might dictate the putting of the defence. This view finds support in the passage from the Heilbron Report (Great Britain, *Report of the Advisory Group on the Law of Rape* (1975)) referred to by Dickson J., at p. 155 in *Pappajohn*, in these terms:

66. *Morgan's* case did not decide, as some critics seem to have thought, that an accused person was entitled to be acquitted, however ridiculous his story might be, nor did it decide that the reasonableness or unreasonableness of his belief was irrelevant. Furthermore it is a mistaken assumption that a man is entitled to be acquitted simply because he asserts this belief, without more. [Emphasis added.]

When the defence of mistake of fact—or for that matter any other defence—is raised, two distinct steps are involved. The first step for the trial judge is to decide if the defence should be put to the jury. It is on this question, as I have said, that the “air of reality” test is applied. It has nothing to do with the jury and is not a factor for its consideration. If it is decided to put the defence, the second step requires the trial judge to explain the law to the jury, review the relevant evidence, and leave the jury with the issue of guilt or innocence. The jury must consider all the evidence, and they must be satisfied beyond a reasonable doubt in the case of a rape charge that there was no consent before they may convict. Where they find there was consent or honest belief in consent, or if they have a doubt on either issue, they must acquit. They should be told as well that the belief, if honestly held, need not be based on reasonable grounds. Before going further, it should be observed that, since the decision of this Court in *Pappajohn*, the

paraît-il vraisemblable? Pour répondre à cette question, il doit examiner tous les éléments de preuve, toutes les circonstances. La déclaration de l'accusé alléguant une croyance erronée constituera un facteur mais ne sera pas en elle-même décisive et, même en l'absence de cette déclaration, d'autres circonstances pourraient commander la présentation de la défense. Cette opinion est appuyée par le passage du rapport Heilbron (Grande-Bretagne, *Report of the Advisory Group on the Law of Rape* (1975)), mentionné par le juge Dickson à la p. 155 dans l'affaire *Pappajohn*, en ces termes:

[TRADUCTION] 66. L'arrêt *Morgan* n'a pas décidé, comme certains critiques semblent l'avoir cru, qu'un accusé avait le droit d'être acquitté, quelque invraisemblable que puisse être sa version, ni que le caractère raisonnable ou non de sa croyance n'était pas pertinent. De plus, il est erroné de prétendre qu'un homme a le droit d'être acquitté simplement parce qu'il affirme avoir eu cette croyance, sans plus. [C'est moi qui souligne.]

Lorsque la défense d'erreur de fait, ou d'ailleurs tout autre moyen de défense, est soulevée, deux étapes distinctes doivent être franchies. La première étape exige que le juge du procès décide si le moyen de défense devrait être soumis au jury. C'est à l'égard de cette question, comme je l'ai déjà dit, que le critère de l'«apparence de vraisemblance» s'applique. Il n'a rien à voir avec le jury et ne constitue pas un facteur qu'il doit examiner. Si l'on décide de soumettre le moyen de défense au jury, la seconde étape exige que le juge du procès explique le droit au jury, passe en revue les éléments de preuve pertinents et laisse au jury le soin de trancher la question de la culpabilité ou de l'innocence. Le jury doit examiner tous les éléments de preuve et, avant de pouvoir rendre un verdict de culpabilité, il doit être convaincu hors de tout doute raisonnable dans le cas d'une accusation de viol qu'il n'y a eu aucun consentement. Lorsqu'il conclut qu'il y avait consentement ou croyance sincère au consentement ou s'il a un doute sur l'un ou l'autre point, il doit rendre un verdict d'acquittement. On devrait également lui dire qu'il n'est pas nécessaire que la croyance, si elle est sincère, soit fondée sur des motifs raisonnables. Avant d'aller plus loin, il convient de souli-

Criminal Code has been amended by the addition of s. 244(4), which provides:

(4) Where an accused alleges that he believed that the complainant consented to the conduct that is the subject-matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief.

This section, in my view, does not change the law as applied in *Pappajohn*. It does not require that the mistaken belief be reasonable or reasonably held. It simply makes it clear that in determining the issue of the honesty of the asserted belief, the presence or absence of reasonable grounds for the belief are relevant factors for the jury's consideration. This approach was, I suggest, foreshadowed in *Pappajohn* by Dickson J., at pp. 155-56, where he said:

Perpetuation of fictions does little for the jury system or the integrity of criminal justice. The ongoing debate in the courts and learned journals as to whether mistake must be reasonable is conceptually important in the orderly development of the criminal law, but in my view, practically unimportant because the accused's statement that he was mistaken is not likely to be believed unless the mistake is, to the jury, reasonable. The jury will be concerned to consider the reasonableness of any grounds found, or asserted to be available, to support the defence of mistake. Although "reasonable grounds" is not a precondition to the availability of a plea of honest belief in consent, those grounds determine the weight to be given the defence. The reasonableness, or otherwise, of the accused's belief is only evidence for, or against, the view that the belief was actually held and the intent was, therefore, lacking.

The jury should then be instructed, in accordance with s. 244(4) of the *Code*, that when considering all the evidence relating to the question of the honesty of the accused's asserted belief in consent they must consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief.

gnier que, depuis l'arrêt *Pappajohn*, le *Code criminel* a été modifié par l'adjonction du par. 244(4) qui prévoit:

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant a consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge doit, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demander à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

Cet article, à mon avis, ne modifie pas le droit appliqué dans l'arrêt *Pappajohn*. Il n'exige pas que la croyance erronée soit raisonnable ou jugée raisonnable. Il établit simplement de manière précise que, dans l'examen de la question de la sincérité de la croyance, la présence ou l'absence de motifs raisonnables à l'appui de cette croyance sont des facteurs pertinents que le jury doit prendre en considération. Je suis d'avis que cette position avait été annoncée dans l'arrêt *Pappajohn* par le juge Dickson aux pp. 155 et 156, lorsqu'il a dit:

Ni le système du jury ni l'intégrité de la justice criminelle ne sont bien servis par la perpétuation de fictions. Le débat actuel dans les tribunaux et les journaux spécialisés sur la question de savoir si l'erreur doit être fondée, est important sur le plan conceptuel pour l'évolution harmonieuse du droit criminel, mais, à mon avis, c'est sans importance pratique, parce qu'il est peu probable que le jury croie l'accusé qui déclare être dans l'erreur à moins que celle-ci ne soit, aux yeux du jury, fondée sur des motifs raisonnables. Le jury devra examiner le caractère raisonnable de tous les motifs qui appuient le moyen de défense d'erreur ou que l'on affirme tel. Bien que des « motifs raisonnables » ne constituent pas une condition préalable au moyen de défense de croyance sincère au consentement, ils déterminent le poids qui doit lui être accordé. Le caractère raisonnable ou non de la croyance de l'accusé n'est qu'un élément qui appuie ou non l'opinion que la croyance existait en réalité et que, par conséquent, l'intention était absente.

On devrait alors demander au jury, conformément au par. 244(4) du *Code*, de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la question de la sincérité de la croyance de l'accusé au consentement, la présence ou l'absence de motifs raisonnables à l'appui de celle-ci.

Application to this Case

In the Court of Appeal, Taggart and Lambert J.J.A., while differing in the result, were both of the opinion that the evidence was sufficient to warrant the putting of the defence to the jury. I am in agreement with that view. From the evidence it is clear that when the complainant was picked up on the street by Laybourn, after some discussion she did consent to sexual intercourse with Laybourn. This consent would, of course, not extend to the others, and it may well be that she withdrew her consent on learning that the others wished to participate in the evening's activities. But there was other evidence, that of the witness Jones in the adjoining room which told of bargaining regarding price, and conversation that could be considered equivocal at times but which could raise questions on the issue of whether, and to what extent, she may have consented, or to what extent the appellants may have understood her to be consenting. I would agree, as I have said, with Taggart and Lambert J.J.A. that there was then sufficient evidence to lend an air of reality to the defence of mistake of fact and the trial judge was not in error in deciding to put the defence to the jury.

The two points on which Lambert J.A. dissented in the Court of Appeal have been set out above. In summary, he was of the view that the trial judge was in error in telling the jury that more than a genuine belief in consent in the mind of the accused was required to support the defence and that there must be some objective evidence supporting the belief that the complainant might be consenting and, as well, that there was error on the part of the trial judge in leaving the jury with the impression that there must be reasonable grounds for the honest but mistaken belief before the defence could prevail. Lambert J.A. based his dissent not upon the main charge but upon a supplementary charge requested by the jury after they had commenced their deliberations. On their return to the courtroom, after some evidence had been read back at the jury's request, the following occurred:

Application à l'espèce

En Cour d'appel, les juges Taggart et Lambert, bien qu'ils soient en désaccord quant au résultat, ont été tous deux d'avis que les éléments de preuve étaient suffisants pour justifier la présentation de la défense au jury. Je partage ce point de vue. D'après les éléments de preuve, il est évident que lorsque Laybourn a ramassé la plaignante dans la rue, elle a consenti après une discussion à avoir des rapports sexuels avec lui. Évidemment, les autres ne pouvaient pas se prévaloir de ce consentement et il se peut bien qu'elle l'ait retiré en apprenant que les autres souhaitaient participer aux activités de la soirée. Toutefois, il y a un autre témoignage, celui du témoin Jones dans la chambre voisine qui indique une négociation concernant le prix et une conversation qui pourrait être considérée comme équivoque à ce moment-là, mais qui pourrait soulever des doutes sur la question de savoir si elle a consenti et dans quelle mesure elle l'a fait ou dans quelle mesure les appelants pouvaient avoir compris qu'elle consentait. Comme je l'ai dit, je conviens avec les juges Taggart et Lambert qu'il y avait alors des éléments de preuve suffisants pour accorder à la défense d'erreur de fait une apparence de vraisemblance et le juge du procès n'a pas commis d'erreur en décidant de la soumettre au jury.

Les deux points sur lesquels a porté la dissidence du juge Lambert en Cour d'appel ont été énoncés précédemment. En résumé, il est d'avis que le juge du procès a commis une erreur en disant au jury qu'il fallait plus qu'une croyance sincère au consentement dans l'esprit des accusés pour appuyer la défense, et qu'il devait y avoir certains éléments de preuve objectifs à l'appui de la croyance que la plaignante pouvait avoir consenti, et aussi que le juge du procès a commis une erreur en donnant au jury l'impression que la croyance sincère mais erronée doit se fonder sur des motifs raisonnables pour que le moyen de défense puisse être utilisé. Le juge Lambert n'a pas fondé sa dissidence sur l'exposé principal, mais sur un exposé supplémentaire demandé par le jury après le début des délibérations. Lorsque le jury est revenu dans la salle d'audience, après que certains éléments de preuve eurent été lus de nouveau à sa demande, la conversation suivante a eu lieu:

THE COURT: Thank you. Now, that's the evidence of Mr. Jones that you asked for.

Mr. Foreman, you've given me another question which is not quite as simple as the last one and you've asked for further address to the jury on the matter of reasonable belief. I'm hard pressed to do that. Is there anything specific that you're concerned about?

MR. FOREMAN: My lord, I believe when you were addressing us this morning on the definition of reasonable belief that you were going quite quickly.

THE COURT: Okay, I'll go over it again. You realize, of course, when I instructed you on honest belief, this is the third position as opposed to—opposed to the consent being asserted by the Accused, denied by the complainant, this is something over and above that scenario, and that's where it is. If you find there is some evidence that might assist you in concluding that, even though the girl wasn't consenting, you accepted that, if there is some basis upon which the Accused thought she was consenting, that would be a defence, but that has to be based on something more than something in his mind, it has to be based on something else, some evidence from which an inference can be drawn that she might be consenting.

I will read again—I dealt with the ingredients of the crime of rape as being complete upon (a) an act of sexual intercourse, (b) without consent. An affirmative finding as to each of these elements in this case does not end the matter, as a defence is not evidence that the Accused believed Laybourn—believed Ms. Schmidt to be consenting to the sexual intercourse.

The commission of a crime voluntarily directed by a willing mind, this we call *mens rea*. This consists of some positive state of mind such as an intention or the knowledge of the wrongfulness of the act or reckless disregard of the consequences which must be proved by the prosecution. The mental element may be established by inference on the nature of the act committed or by additional evidence. You will be concerned to consider the reasonableness of any grounds found or asserted to be available to support the Accused's belief. Reasonable grounds is not a pre-condition to the availability of honest belief and consent, those grounds determine the weight to be given to the evidence. The reasonableness or otherwise of the Accused's belief is only evidence for or against the view that the belief was actually held and the intent

[TRADUCTION] LA COUR: Merci. Maintenant c'était le témoignage de M. Jones que vous avez demandé.

Monsieur le président du jury, vous m'avez posé une autre question qui n'est pas aussi simple que la dernière et vous avez demandé de nouvelles directives au jury sur la question de la croyance raisonnable. J'ai beaucoup de mal à le faire. Y-a-t-il une question précise qui vous préoccupe?

LE PRÉSIDENT: Votre Seigneurie, je crois que dans l'exposé que vous nous avez fait ce matin sur la définition de la croyance raisonnable vous êtes allé un peu rapidement.

LA COUR: D'accord je vais le reprendre. Évidemment vous savez que lorsque je vous ai donné les directives sur la croyance sincère, il s'agissait de la troisième position par rapport à—par rapport au consentement qui est allégué par les accusés, nié par la plaignante, c'est simplement de surcroît à cette hypothèse et c'est là que c'est. Si vous décidez qu'il y a certains éléments de preuve qui pourraient vous aider à conclure que même si la fille ne consentait pas, vous avez accepté que, s'il y a un certain fondement permettant aux accusés de croire qu'elle consentait, cela constituerait un moyen de défense, mais il doit être fondé sur quelque chose d'autre que quelque chose dans leur esprit, il doit être fondé sur quelque chose d'autre, certains éléments de preuve dont on peut déduire qu'elle pouvait être consentante.

Je vais lire encore une fois—j'ai traité des éléments du crime de viol comme étant complet lorsqu'il y a a) des rapports sexuels, b) sans consentement. Une conclusion affirmative à l'égard de chacun de ces éléments en l'espèce ne met pas fin à l'affaire, car un moyen de défense ne constitue pas une preuve que les accusés croyaient que Laybourn—croyait que M^{me} Schmidt consentait aux rapports sexuels.

La perpétration d'un crime délibérément dirigé par la volonté, c'est ce que nous appelons *mens rea*. Cela comporte un état d'esprit positif comme l'intention ou la connaissance du caractère injustifié de l'acte ou une insouciance négligente à l'égard des conséquences, ce qui doit être démontré par la poursuite. L'élément moral peut être établi par déduction vu la nature de l'acte commis ou par des éléments de preuve supplémentaires. Vous devrez examiner le caractère raisonnable des motifs à l'égard desquels on conclut ou prétend qu'il peut appuyer la croyance des accusés. L'existence de motifs raisonnables ne constitue pas une condition préalable à l'existence de la croyance sincère et du consentement, ces motifs déterminent la valeur qui doit être accordée à la preuve. Le caractère raisonnable ou autre de la croyance de l'accusé ne

was therefore lacking. So if you conclude that the Accused or any of them honestly believed Ms. Schmidt was consenting to the acts of intercourse and that then that necessary mental element would be lacking and you would acquit.

Now, this is—that is only, of course, when there is some reasonable grounds to support the belief because it can hardly be an honest belief if it isn't based on anything to support the belief and it's not sufficient to say I believe she was opposing the rape, it has to be something else, something you can glean from the evidence to support that position. [Emphasis added.]

The words of the foreman of the jury, quoted above, revealed that the jury was concerned on the question of reasonable belief. It was therefore important that the trial judge direct the jury fully on the question so that any misapprehension on their part could be dispelled. Lambert J.A. noted this point and, referring to the two emphasized passages in the part of the charge quoted above, he said, at pp. 276-77:

The first passage is wrong. The defence of honest belief does not have to be based on something more than something in his mind. The trial judge should not put the "air of reality" question to the jury. That is for him. Once he has decided to put the defence to the jury, the "air of reality" question is over. All that is then required is for the jury to decide on the evidence whether the accused honestly believed in consent, in his own mind. There does not have to be "evidence from which an inference could be drawn that she might be consenting." That diverts the jury from the question that is truly before them, namely: did the accused believe that the complainant consented?

The second passage is also wrong. There do not have to be reasonable grounds to support the belief. It can be an honest belief even if there are no reasonable grounds. I do not think that the previous paragraph can modify the impression that this last paragraph must have had on the jury. I doubt if what the trial judge actually said was "... it's not sufficient to say I believe she was opposing the rape ..."

constitue qu'un élément de preuve à l'appui ou à l'encontre de l'opinion selon laquelle la croyance était réelle et qu'il n'y avait donc pas d'intention. Alors si vous concluez que les accusés ou l'un d'entre eux ont sincèrement cru que M^{me} Schmidt consentait aux rapports sexuels et donc qu'il n'y avait pas l'élément moral nécessaire, vous rendrez un verdict d'acquiescement.

Maintenant c'est—c'est seulement, évidemment, lorsqu'il existe des motifs raisonnables à l'appui de la croyance parce qu'il peut difficilement s'agir d'une croyance sincère si elle n'est pas fondée sur quelque chose qui l'appuie et il n'est pas suffisant de dire je crois qu'elle s'opposait au viol, il faut qu'il y ait quelque chose d'autre, quelque chose que vous pouvez recueillir dans les éléments de preuve pour appuyer cette position. [C'est moi qui souligne.]

Ce qu'a dit le président du jury ci-dessus indique que le jury se posait des questions sur la croyance raisonnable. Il était donc important que le juge du procès lui donne des directives complètes sur la question de manière à dissiper tout malentendu. Le juge Lambert a noté ce point et, en mentionnant les deux passages soulignés dans la partie de l'exposé citée précédemment, il a dit (aux pp. 276 et 277):

[TRADUCTION] Le premier passage est erroné. La défense de croyance sincère n'a pas à être fondée sur quelque chose de plus que quelque chose de mental. Le juge du procès ne devrait pas présenter la question de l'«apparence de vraisemblance» au jury. Il doit la garder pour lui. Dès qu'il a décidé de présenter le moyen de défense au jury, la question de l'«apparence de vraisemblance» ne se pose plus. Alors tout ce qui est nécessaire c'est que le jury décide d'après les éléments de preuve si l'accusé croyait sincèrement au consentement dans son propre esprit. Il ne doit pas y avoir d'«éléments de preuve dont on peut déduire qu'elle pouvait être consentante.» Cela détourne le jury de la question qu'il a vraiment à trancher, savoir: l'accusé croit-il que la plaignante a consenti?

Le second passage est également erroné. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait des motifs raisonnables à l'appui de la croyance. Ce peut être une croyance sincère même s'il n'y a pas de motif raisonnable. Je ne crois pas que le paragraphe précédent puisse modifier l'impression que ce dernier paragraphe doit avoir donnée au jury. Je doute que ce que le juge du procès a réellement dit était «... il n'est pas suffisant de dire je crois qu'elle s'opposait au viol...»

As I have indicated, I agree with Lambert J.A. that the "air of reality" test is for the judge and does not concern the jury. The issue facing the jury with respect to the defence which had been put to them related to the honesty of the appellants' asserted belief in consent. It was said to be error on the part of the trial judge to say that the belief entertained by the appellants had to be based on something from which the inference could be drawn that there might be a consent. In this, the trial judge may well have been confusing the "air of reality" test, which is for him alone, with the "reasonable doubt" test, which is for the jury, and his words may well have diverted the jury from their true task which was to answer the question: Did the accused believe that the complainant consented? Regardless of its effect on them, however, the second passage attacked by Lambert J.A. is clearly wrong and, as he said, amounts to serious misdirection. I am unable to say that this specific direction that there must be some reasonable ground to support the asserted belief, being the last words the jury heard on the subject, would not override the earlier correct direction. I would, accordingly, allow the appeal and direct a new trial.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I have read the reasons for judgment of my colleague Justice McIntyre and, for the reasons he sets out, I agree that this appeal should succeed. I wish to add, however, the following qualifications to certain statements made in his reasons.

I agree with McIntyre J. that "a trial judge is not bound to put every defence suggested by counsel in the absence of some evidentiary base" (p. 789) and that "to put a wholly unsupported defence would only cause confusion" (p. 790) amongst the jurors. In addition, I do not take issue with the "air of reality" test referred to in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, by McIntyre J.

Comme je l'ai indiqué, je conviens avec le juge Lambert que le critère de l'«apparence de vraisemblance» relève du juge et ne concerne pas le jury. La question à laquelle devait répondre le jury, en ce qui a trait au moyen de défense qui lui a été présenté, se rapportait à la sincérité de la croyance au consentement que les appelants ont fait valoir. On a dit que le juge du procès a commis une erreur en disant que la croyance nourrie par les appelants devait être fondée sur quelque chose dont on pouvait déduire qu'il y aurait consentement. Ainsi, le juge du procès peut très bien avoir confondu le critère de l'«apparence de vraisemblance» qui relève de lui seul, avec le critère du «doute raisonnable» qui relève du jury, et son explication peut très bien avoir détourné le jury de sa tâche véritable qui était de répondre à la question: les accusés croyaient-ils que la plaignante consentait? Toutefois peu importe son effet sur le jury, le second passage contesté par le juge Lambert est clairement erroné et, comme il le dit, équivaut à une grave directive erronée. Je ne suis pas en mesure de dire que la directive précise selon laquelle il doit y avoir un motif raisonnable à l'appui de la croyance, qui constitue les derniers mots que le jury a entendus sur le sujet, ne l'emporterait pas sur les autres directives précédentes qui étaient appropriées. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—J'ai lu les motifs de jugement de mon collègue le juge McIntyre et, pour les motifs qu'il expose, je conviens que ce pourvoi doit être accueilli. Je désire cependant ajouter les réserves suivantes à certaines affirmations qu'on trouve dans ses motifs.

Je partage l'opinion du juge McIntyre que, «le juge du procès n'est pas tenu de présenter tous les moyens de défense proposés par l'avocat en l'absence d'éléments de preuve à l'appui» (pp. 789 et 790), et que «présenter un moyen de défense qui n'est absolument pas appuyé par un élément de preuve ne causerait que de la confusion» (p. 790) parmi les jurés. Je ne conteste pas non plus le critère de l'«apparence de vraisemblance» mentionné par le juge McIntyre dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120.

With respect, however, I have difficulties with his application of the "air of reality" test. In *Pappajohn*, he said, at p. 133:

To require the putting of the alternative defence of mistaken belief in consent, there must be, in my opinion, some evidence beyond the mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant. This evidence must appear from or be supported by sources other than the appellant in order to give it any air of reality.

In his reasons in this case, he says (at p. 790):

These words [air of reality] appear, on occasion, to have been misunderstood, but I do not withdraw them. There will not be an air of reality about a mere statement that "I thought she was consenting" not supported to some degree by other evidence or circumstances arising in the case. If that mere assertion were sufficient to require a trial judge to put the 'mistake of fact' defence, it would be a simple matter in any rape case to make such an assertion and, regardless of all other circumstances, require the defence to be put.

If this means that the trial judge is not required to put the defence to the jury merely because the accused's lawyer has referred to the defence in argument, then I agree. There must be some evidence supporting the defence before it is to be put to the jury. However, I must respectfully take issue with the "air of reality" norm if it is to be understood as going so far as enabling the trial judge to choose not to leave the defence of honest belief with the jury even in a case where the accused has taken the stand and asserted under oath that he or she honestly believed in consent. An accused's oath to the effect that he or she honestly believed in consent is always some evidence, and its probative value in any given case belongs to the jury and not to the trial judge. It is, of course, open to the trial judge to comment on the probative value of the evidence, but the jury remains the master of the facts. The trial judge must not usurp the role of the jury by removing the evidence from the jury's consideration on the ground that, in his or her view, the defence lacks an "air of reality".

Avec égards, cependant, sa façon d'appliquer le critère de l'«apparence de vraisemblance» me cause de la difficulté. Dans l'affaire *Pappajohn*, il dit à la p. 133:

^a Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, il faut, à mon avis, d'autres preuves que la simple affirmation par l'appelant d'une croyance au consentement. Cette preuve doit ressortir d'autres sources que l'appelant, ou ^b s'y appuyer, pour lui donner une apparence de vraisemblance.

En l'espèce, il dit (à la p. 790):

Ces termes [apparence de vraisemblance] paraissent, à ^c l'occasion, avoir été mal interprétés, mais je ne me rétracte pas. Il n'y aura pas d'apparence de vraisemblance à la simple affirmation «je croyais qu'elle consentait» sans que ce ne soit appuyé dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances de l'affaire. Si cette simple affirmation était suffisante ^d pour obliger le juge du procès à présenter le moyen de défense «d'erreur de fait», il suffirait dans toute affaire de viol de faire une telle déclaration et, peu importe les autres circonstances, exiger que le moyen de défense soit ^e soumis au jury.

Si cela signifie que le juge du procès n'est pas tenu de soumettre le moyen de défense au jury lorsque l'avocat de l'accusé n'a fait que le mentionner dans ses plaidoiries, alors je suis d'accord. ^f Certains éléments de preuve doivent appuyer le moyen de défense avant qu'il puisse être soumis au jury. Cependant, je dois avec égards contester la norme d'«apparence de vraisemblance» s'il faut ^g comprendre qu'elle va jusqu'à permettre au juge du procès de choisir de ne pas soumettre au jury le moyen de défense de croyance sincère même lorsque l'accusé a témoigné et affirmé sous serment qu'il croyait sincèrement qu'il y avait consentement. ^h Le serment de l'accusé portant qu'il croyait sincèrement au consentement constitue toujours une certaine preuve et sa valeur probante dans chaque cas particulier doit être appréciée par le jury et non par le juge du procès. Il est, bien sûr, ⁱ loisible à ce dernier de donner son opinion sur la valeur probante de la preuve, mais le jury reste le seul maître des faits. Le juge du procès ne doit pas ^j usurper le rôle du jury en ne soumettant pas des éléments de preuve à l'appréciation du jury parce que, à son avis, le moyen de défense manque d'«apparence de vraisemblance».

Writing for the majority of this Court in *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, in the context of directed verdicts, McIntyre J. said, at p. 844:

When, however, he [Lord Widgery C.J. in *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549 (C.A.)] introduces the suggestion that the trial judge should consider the quality of the evidence and, where he finds it wanting, take the case from the jury, he enters more controversial ground and authorizes the trial judge to encroach upon the jury's territory. Such a step blurs or even obliterates the clear line separating the functions of judge and jury. Questions of credibility and the weight that should be given to evidence are peculiarly the province of the jury. The term 'quality', as applied by Lord Widgery C.J., is really nothing more than a synonym for 'weight'. To consider it, the trial judge exceeds his function.

The combined effect of McIntyre J.'s test in this case for withdrawing a defence from the jury and the majority's test in *Mezzo* for withdrawing the case would lead to incongruous results. Where the only evidence on the questions of consent and belief in consent is the testimony of the complainant and that of the accused, the complainant's allegation of no consent must go to the jury (*Mezzo*) but the accused's defence of honest belief in consent may be withdrawn from the jury unless it is supported by other evidence or circumstances (this case). The old common law rule in sexual assault cases that the trial judge must instruct the jury that it is unsafe to convict in the absence of corroboration of the complainant's testimony (which was abolished by s. 246.4 of the *Criminal Code*) would in effect be replaced by a rule requiring corroboration of the accused's testimony. Such a requirement will often work an injustice to the accused. Clearly the best, and quite often the only, evidence of the accused's subjective belief will be his or her testimony, and there is no basis in law or in principle for requiring corroboration. In addition, this Court decided in *Pappajohn* that the accused's belief must be honest but need not be reasonable. As a result, there clearly cannot be a requirement that the accused's belief be supported

Écrivant au nom de la majorité de cette Cour dans l'arrêt *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, dans le contexte des verdicts imposés, le juge McIntyre a dit à la p. 844:

^a Toutefois, lorsqu'il [le juge en chef lord Widgery dans l'arrêt *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549 (C.A.)] laisse entendre que le juge du procès devrait examiner la qualité de la preuve pour en dessaisir le jury s'il la juge insuffisante, il s'avance sur un terrain plus glissant car il ^b autorise alors le juge à empiéter sur le domaine de compétence du jury. Une telle démarche estompe, voire même supprime, la ligne de démarcation claire qui existe entre les fonctions du juge et celles du jury. Les questions de la crédibilité et du poids qu'il faut accorder ^c à un témoignage relèvent exclusivement de la compétence du jury. Le terme «qualité», dans le sens que lui donne le juge en chef lord Widgery, n'est en réalité rien de plus qu'un synonyme de «poids». En l'examinant, le juge excède ses fonctions.

^d L'effet combiné du critère suivi par le juge McIntyre en l'espèce pour ne pas soumettre une défense au jury et le critère établi par la majorité dans l'arrêt *Mezzo* pour dessaisir le jury d'une affaire, ^e amènerait des résultats incongrus. Lorsque la seule preuve sur les questions du consentement et de croyance au consentement est le témoignage du plaignant et celui de l'accusé, l'allégation de non-consentement du plaignant doit être soumise au jury (*Mezzo*), mais la défense de l'accusé alléguant une croyance sincère au consentement peut ne pas être soumise au jury, à moins qu'elle soit appuyée par d'autres éléments de preuve ou par les circonstances (en l'espèce). L'ancienne règle de ^f *common law* en matière d'agression sexuelle voulant que le juge du procès doit exposer au jury qu'il est dangereux de condamner en l'absence de corroboration du témoignage du plaignant (qui a ^g été abolie par l'art. 246.4 du *Code criminel*) serait en fait remplacée par une règle qui exigerait la corroboration du témoignage de l'accusé. Une telle exigence sera souvent injuste envers l'accusé. Il est clair que la meilleure et très souvent la seule ⁱ preuve de la croyance subjective de l'accusé sera son témoignage et il n'existe aucun fondement en droit ou en principe qui exige la corroboration. En outre, cette Cour a décidé dans l'arrêt *Pappajohn* que la croyance de l'accusé doit être sincère, sans ^j nécessairement être raisonnable. Par conséquent, on ne peut nettement pas imposer que la croyance

by the circumstances before it can be submitted to the jury. As Dickson J., as he then was, wrote, at p. 156:

It will be a rare day when a jury is satisfied as to the existence of an unreasonable belief. If the claim of mistake does not raise a reasonable doubt as to guilt, and all other elements of the crime have been proved, then the trier of fact will not give effect to the defence. But, if there is any evidence that there was such an honest belief, regardless of whether it is reasonable, the jury must be entrusted with the task of assessing the credibility of the plea.

I should, in passing, add that in my view the issue of mistaken belief in consent should also be submitted to the jury in all cases where the accused testifies at trial that the complainant consented. The accused's testimony that the complainant consented must be taken to mean that he believed that the complainant consented. As a result, if the jury believes the complainant and concludes that the complainant did not consent, that does not end the matter, for the accused's assertion cannot be disposed of completely unless consideration is then given to his or her being honestly mistaken in believing that the complainant consented.

Finally, I wish to add that I do not believe that this view of the "air of reality" test will open the floodgates to claims of honest mistake as to consent in sexual assault cases. An accused who wishes to raise the defence in the absence of any other evidence supporting an honest mistake will be required to take the stand and will run the risks of cross-examination. In addition, I do not think that the jury will be fooled by false claims of the defence. Juries are constantly assessing and then discarding defences because they lack an air of reality and do not raise a reasonable doubt. Sexual offence cases are no different.

Subject to these reservations, I agree with McIntyre J.'s reasons and would accordingly allow the appeal and direct a new trial.

de l'accusé soit appuyée par les circonstances avant de pouvoir la soumettre au jury. Comme le juge Dickson, alors juge puîné, l'a écrit, à la p. 156:

^a Ce n'est pas demain qu'un jury sera convaincu de l'existence d'une croyance déraisonnable. Si l'erreur alléguée ne soulève pas un doute raisonnable quant à la culpabilité, et si tous les autres éléments de l'infraction ont été prouvés, le juge du fond ne donnera pas effet au moyen de défense. Mais s'il y a une preuve de l'existence de pareille croyance sincère, qu'elle se fonde ou non sur des motifs raisonnables, le jury doit se voir confier la tâche d'évaluer le crédit qu'il faut accorder au plaidoyer.

^c J'ajouterais en passant qu'à mon avis la question de croyance erronée au consentement devrait aussi être soumise au jury dans tous les cas où l'accusé témoigne au procès que le plaignant a consenti. On doit interpréter le témoignage de l'accusé que le plaignant a consenti comme voulant dire qu'il croyait que le plaignant consentait. Par conséquent, si le jury croit le plaignant et conclut que celui-ci n'a pas consenti, cela ne clôt pas le débat car on ne peut statuer définitivement sur l'affirmation de l'accusé sans se demander s'il croyait sincèrement, mais à tort, que le plaignant consentait.

^f Enfin, je veux ajouter que je ne crois pas que cette façon de voir l'«apparence de vraisemblance» provoquera une avalanche d'allégations d'erreur de bonne foi en matière de consentement dans des affaires d'agression sexuelle. Un accusé qui désire soulever ce moyen de défense en l'absence d'autres éléments de preuve appuyant une erreur de bonne foi devra témoigner et courir le risque d'un contre-interrogatoire. En outre, je ne crois pas que le jury sera trompé par de fausses allégations de la défense. Les jurys évaluent constamment les défenses pour ensuite les rejeter parce qu'elles manquent de vraisemblance et ne soulèvent pas de doute raisonnable. Les infractions en matière sexuelle ne sont pas différentes.

^j Sous réserve de ce qui précède, je suis d'accord avec les motifs du juge McIntyre et je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitor for the appellant Laybourn: Howard Rubin, Vancouver.

Solicitor for the appellants Bulmer and Illingworth: Kenneth S. Westlake, Vancouver.

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

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureur de l'appelant Laybourn: Howard Rubin, Vancouver.

Procureur des appelants Bulmer et Illingworth: Kenneth S. Westlake, Vancouver.

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

Shirley Mae Pelech *Appellant*

v.

John Pelech *Respondent*

INDEXED AS: PELECH v. PELECH

File No.: 19265.

1986: March 24; 1987: June 4.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Chouinard*,
Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest J.J.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Divorce — Maintenance — Variation — Agreement made after divorce providing for lump sum to wife in full satisfaction of future claims for maintenance — Court's order incorporating parties' agreement — Wife's financial situation deteriorating substantially over the years because of health problems — Application to vary the maintenance order — Whether the agreement should be respected and preclude judicial intervention — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(2).

Courts — Jurisdiction — Divorce — Maintenance agreement incorporated in court order — Ex-wife's application to vary allowed — Jurisdiction of the Court of Appeal and the Supreme Court of Canada to review orders made under s. 11 of the Divorce Act — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 11(2), 17(2), 18(1).

Courts — Jurisdiction — Powers of the reviewing court — Divorce — Maintenance agreement incorporated in court order — Ex-wife's application to vary allowed — Whether appellate court should interfere with trial judge's discretion in the absence of material error — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 11(2), 17(2).

Married in 1954, the parties divorced in 1969. With advice of independent legal counsel, they entered into a maintenance agreement which provided for the payment by respondent of a lump sum over a period of thirteen months, while appellant agreed to accept the payments in full satisfaction of all future maintenance claims. The agreement was incorporated into an order of the court and respondent paid the maintenance monies as agreed. During the subsequent years, appellant's physical and

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Shirley Mae Pelech *Appelante*

c.

John Pelech *Intimé*^a RÉPERTORIÉ: PELECH c. PELECH

N° du greffe: 19265.

1986: 24 mars; 1987: 4 juin.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre,
Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

^c *Divorce — Aliments — Modification — Convention conclue après le divorce prévoyant le paiement d'un montant forfaitaire à l'épouse en paiement final de toute créance alimentaire future — Incorporation de la convention des parties dans l'ordonnance du tribunal —*
^d *Grave détérioration de la situation financière de l'épouse au cours des années à cause de problèmes de santé — Demande de modification de l'ordonnance alimentaire — La convention devrait-elle être respectée et empêcher l'intervention judiciaire? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2).*

^e *Tribunaux — Compétence — Divorce — Convention alimentaire incorporée dans l'ordonnance du tribunal — Demande de modification par l'ex-épouse accueillie — Compétence de la Cour d'appel et de la Cour suprême du Canada pour examiner des ordonnances rendues aux termes de l'art. 11 de la Loi sur le divorce — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2), 17(2), 18(1).*

^g *Tribunaux — Compétence — Pouvoirs du tribunal d'examen — Divorce — Convention alimentaire incorporée dans l'ordonnance du tribunal — Demande de modification par l'ex-épouse accueillie — Une cour d'appel devrait-elle intervenir dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance en l'absence d'erreur grave? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2), 17(2).*

ⁱ Les parties se sont mariées en 1954 et ont divorcé en 1969. Après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants, elles ont conclu une convention alimentaire qui prévoyait le paiement par l'intimé d'un montant forfaitaire échelonné sur une période de treize mois, tandis que l'appelante acceptait les versements en paiement final de toute créance alimentaire future. La convention a été incorporée dans l'ordonnance du tribunal et l'intimé a versé les aliments convenus. Au cours

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

mental problems increased. As a result, she was often unable to work and was forced to use her maintenance fund in order to survive. In 1982, the fund was depleted and she lived on welfare. By contrast, respondent had become after the divorce a person of ample means. Notwithstanding the agreement, she applied to the British Columbia Supreme Court for a variation of the maintenance award made twelve years earlier under s. 11(1) of the *Divorce Act*. The Supreme Court allowed the application but the judgment was reversed by the Court of Appeal. This appeal is to determine (1) the jurisdiction of the Court of Appeal to review orders made under s. 11 of the *Divorce Act* and the jurisdiction of this Court to entertain appeals from judgments of the provincial appellate courts in relation to such orders, and (2) the effect of a valid and enforceable settlement agreement on the court's discretionary power under s. 11(2) of the *Divorce Act* to vary maintenance orders.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 17(2) of the *Divorce Act* which empowers a court of appeal to "pronounce the judgment that ought to have been pronounced" does not confer on the courts of appeal a broad power to review discretionary decisions made in the courts below. A court of appeal should only interfere with the trial judge's decision where it is persuaded that his reasons disclosed material error. The purpose of the enumeration of powers in s. 17(2) is to set out alternative dispositions open to the court in granting or dismissing an appeal in conformity with traditional principles of appellate review and does not give a court of appeal an independent discretion to decide a case afresh.

The present case, however, raises the question as to what the criteria are for determining the appropriateness of judicial intervention under s. 11(2) of the *Divorce Act*, i.e., when it is "fit and just" for the court to vary a s. 11(1) order in the face of an antecedent valid and enforceable settlement agreement. The criteria for the exercise of judicial discretion are essentially legal criteria and their delineation, as well as their non-application or misapplication, raises a question of law. This question of law is sufficient in itself to ground the Court of Appeal's jurisdiction, and on further appeal, to give jurisdiction to the Supreme Court of Canada under s. 18 of the *Divorce Act*. Section 41(1) of the *Supreme Court Act* can also serve as a basis for jurisdiction for

des années subséquentes, les problèmes de santé physique et mentale de l'appelante se sont aggravés. Par conséquent, elle a souvent été incapable de travailler et elle a dû recourir à son fonds alimentaire pour survivre. En 1982, ce fonds était épuisé et elle vivait de prestations sociales. Par contre, l'intimé était devenu après le divorce une personne fortunée. Nonobstant la convention, elle a adressé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une demande de modification de l'ordonnance alimentaire accordée douze ans auparavant en vertu du par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*. La Cour suprême a fait droit à la demande, mais ce jugement a été infirmé par la Cour d'appel. Le présent pourvoi a pour objet de déterminer (1) la compétence de la Cour d'appel d'examiner des ordonnances rendues en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* et celle de cette Cour de procéder à l'audition des pourvois formés contre les arrêts rendus par des cours d'appel provinciales relativement à de telles ordonnances; et (2) l'effet qu'a une convention valide et exécutoire sur le pouvoir discrétionnaire de modifier des ordonnances alimentaires, que confère au tribunal le par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le paragraphe 17(2) de la *Loi sur le divorce* qui confère à une cour d'appel le pouvoir de «rendre le jugement qui aurait dû être rendu» ne confère pas aux cours d'appel un large pouvoir de contrôler les décisions rendues par les tribunaux d'instance inférieure dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Une cour d'appel ne devrait intervenir dans une décision du juge de première instance que si elle est persuadée que ses motifs recèlent une erreur grave. L'énumération des pouvoirs au par. 17(2) a pour but d'énoncer les solutions dont dispose la cour quand elle accorde ou rejette un appel, conformément aux principes traditionnels applicables à l'examen par voie d'appel, et ne confère pas à une cour d'appel le pouvoir discrétionnaire indépendant de statuer à nouveau sur l'affaire.

Toutefois, la présente affaire soulève la question de savoir quels sont les critères applicables pour déterminer si une intervention judiciaire est appropriée en vertu du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, c.-à-d., quand il est «juste et approprié» que le tribunal modifie une ordonnance rendue en vertu du par. 11(1) lorsqu'il existe une convention antérieure valide et exécutoire. Les critères d'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge sont essentiellement des critères juridiques et leur délimitation, tout comme leur non-application ou leur mauvaise application, pose une question de droit. Cette question de droit est suffisante en soi pour attribuer compétence à la Cour d'appel et, dans le cas d'un appel supplémentaire, pour attribuer compétence à la Cour suprême du

this Court where s. 41(1) is not in conflict with s. 18 of the *Divorce Act*.

Cases Cited

Applied: *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; **not followed:** *Piller v. Piller*, [1975] 4 W.W.R. 342; *Carmichael v. Carmichael* (1976), 27 R.F.L. 325; *Guberman v. Guberman*, [1977] 2 W.W.R. 1; **considered:** *Nash v. Nash*, [1975] 2 S.C.R. 507; *Posener v. Posener* (1984), 4 D.L.R. (4th) 385; *Massicotte v. Boutin*, [1969] S.C.R. 818; **distinguished:** *Swain v. Dennison*, [1967] S.C.R. 7; **referred to:** *Carnochan v. Carnochan*, [1955] S.C.R. 669; *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126; *Gazdeczka v. Gazdeczka* (1982), 30 R.F.L. (2d) 428; *Schmeiser v. Schmeiser* (1982), 21 Sask. R. 437; *Dwelle v. Dwelle* (1982), 31 R.F.L. (2d) 113; *MacAllister v. MacAllister* (1984), 39 R.F.L. (2d) 307; *Webster v. Webster* (1978), 25 N.S.R. (2d) 33; *Droit de la famille—182*, [1985] C.A. 92; *Hallberg v. C.N.R.* (1955), 16 W.W.R. 538; *Baumgartner Estate v. Ripplinger* (1984), 34 Sask. R. 181; *Csada v. Csada* (1984), 35 Sask. R. 301; *Lensen v. Lensen*, [1984] 6 W.W.R. 673; *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857.

Per Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.: The court's supervisory jurisdiction over spouse's maintenance cannot be extinguished by contract. However, where the parties have negotiated their own agreement, freely and on the advice of independent legal counsel, as to how their financial affairs should be settled on the breakdown of their marriage, and the agreement is not unconscionable in the substantive law sense, it should be respected. It is only where a future misfortune has its genesis in the fact of the marriage that the court should be able to override the agreement. Accordingly, where an applicant seeking maintenance or an increase in the existing level of maintenance establishes that he or she has suffered a radical change in circumstances flowing from an economic pattern of dependency engendered by the marriage, the court may exercise its relieving power. Otherwise, the obligation to support the former spouse should be, as in the case of any other citizen, the communal responsibility of the state. In the case at bar, no link was found between the gross change in circumstances of appellant and her former marriage to respondent. Therefore, despite

Canada en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur le divorce*. Le paragraphe 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* peut également conférer compétence à cette Cour lorsqu'il n'entre pas en conflit avec l'art. 18 de la *Loi sur le divorce*.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; **arrêts non suivis:** *Piller v. Piller*, [1975] 4 W.W.R. 342; *Carmichael v. Carmichael* (1976), 27 R.F.L. 325; *Guberman v. Guberman*, [1977] 2 W.W.R. 1; **arrêts examinés:** *Nash c. Nash*, [1975] 2 R.C.S. 507; *Posener v. Posener* (1984), 4 D.L.R. (4th) 385; *Massicotte v. Boutin*, [1969] R.C.S. 818; **distinction d'avec l'arrêt:** *Swain v. Dennison*, [1967] R.C.S. 7; **arrêts mentionnés:** *Carnochan v. Carnochan*, [1955] R.C.S. 669; *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126; *Gazdeczka v. Gazdeczka* (1982), 30 R.F.L. (2d) 428; *Schmeiser v. Schmeiser* (1982), 21 Sask. R. 437; *Dwelle v. Dwelle* (1982), 31 R.F.L. (2d) 113; *MacAllister v. MacAllister* (1984), 39 R.F.L. (2d) 307; *Webster v. Webster* (1978), 25 N.S.R. (2d) 33; *Droit de la famille—182*, [1985] C.A. 92; *Hallberg v. C.N.R.* (1955), 16 W.W.R. 538; *Baumgartner Estate v. Ripplinger* (1984), 34 Sask. R. 181; *Csada v. Csada* (1984), 35 Sask. R. 301; *Lensen v. Lensen*, [1984] 6 W.W.R. 673; *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857.

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain: La compétence du tribunal en matière de surveillance du paiement des aliments ne saurait être supprimée par contrat. Toutefois, lorsque les parties ont d'elles-mêmes, librement et après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants, négocié une convention sur la façon de régler leurs affaires financières au moment de la rupture de leur mariage, et que cette convention n'est pas lésionnaire au sens du droit positif, elle devrait être respectée. Ce n'est que lorsqu'une éventuelle infortune tire son origine du mariage lui-même que le tribunal devrait pouvoir passer outre à la convention. En conséquence, lorsque la personne qui fait une demande de pension alimentaire ou de majoration d'une pension alimentaire établit qu'elle a été victime d'un changement radical de circonstances, découlant d'un état de dépendance économique engendré par le mariage, le tribunal peut exercer son pouvoir de redressement. Dans les autres cas, l'obligation de soutenir l'ancien conjoint devrait être, comme dans le cas de tout autre citoyen, la responsabilité commune de l'État. En l'espèce, on n'a constaté l'existence d'aucun rapport entre le changement radical des circonstances dans lesquelles se trouve l'appelante et son ancien mariage avec l'intimé. Par conséquent, malgré que l'appelante soit

appellant's dependency on social assistance, the maintenance agreement should stand.

Per La Forest J.: Where the parties have attempted to finally settle their financial situation and a court, in the exercise of its discretion under s. 11(1) of the *Divorce Act*, has confirmed that settlement as being "fit and just", the element of finality inherent in divorce and in such an arrangement must be respected in the absence of the most cogent reasons. Where there has been a change of a highly significant character in the circumstances of a former spouse after the settlement was made and that such a change has a real causal connection with the marriage relationship or the settlement, the court may, under s. 11(2) of the *Divorce Act*, vary the settlement incorporated in an original maintenance order. There may also be exceptional cases, beyond those of unconscionability in the technical sense, where it is not so much the dimensions of the change as the circumstances existing at the time the original order was made that will warrant the making of a variation.

In the present case, the trial judge erred in ordering a variation. Although there were undoubtedly marked changes in the fortunes of the parties, appellant's poverty was not attributable to the marriage or the settlement. The fact that appellant's misfortune has resulted in her being a charge on the public purse was not a reason to transfer that burden to the respondent simply because he has had good fortune. The obligation to support her in such a case is on the public.

Cases Cited

By Wilson J.

Considered: *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244; *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113; *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412; *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50; *Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51; **referred to:** *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385; *Goldstein v. Goldstein* (1976), 23 R.F.L. 206; *Dal Santo v. Dal Santo* (1975), 21 R.F.L. 117; *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601; *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401; *Connelly v. Connelly* (1974), 47 D.L.R. (3d) 535; *Piasta v. Piasta* (1974), 15 R.F.L. 137; *Gandy v. Gandy* (1882), 7 P.D. 168; *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313; *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113; *Binns v. Binns* (1985), 45 R.F.L. (2d) 369.

tributaire de l'aide sociale, il convient de maintenir la convention alimentaire.

Le juge La Forest: Lorsque les parties ont tenté de régler définitivement leur situation financière et qu'un tribunal, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*, a confirmé cette convention comme étant «juste et appropriée», le caractère définitif inhérent au divorce et à un tel arrangement doit être respecté en l'absence des raisons les plus convaincantes. Lorsqu'il y a eu un changement extrêmement important des circonstances dans lesquelles se trouve l'ancien conjoint après que la convention ait été conclue et qu'il existe un lien de causalité réel entre ce changement et le mariage ou la convention, la cour peut, en vertu du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, modifier la convention incorporée dans l'ordonnance alimentaire initiale. Il peut également y avoir des cas exceptionnels, outre ceux où il y a lésion au sens technique, où ce n'est pas tant l'ampleur du changement que les circonstances qui prévalaient au moment où l'ordonnance initiale a été rendue qui justifieront une modification.

En l'espèce, le juge de première instance a eu tort d'ordonner la modification. Même s'il ne fait aucun doute que des changements marqués sont survenus dans le sort des parties, la pauvreté de l'appelante n'est imputable ni au mariage ni à la convention. L'infortune de l'appelante a fait qu'elle est à la charge du trésor public, mais ce n'est pas là une raison pour transférer ce fardeau à l'intimé simplement parce qu'il a été plus fortuné. L'obligation de soutien dans un cas comme celui-ci revient à la société.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêts examinés: *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244; *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113; *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412; *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50; *Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51; **arrêts mentionnés:** *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385; *Goldstein v. Goldstein* (1976), 23 R.F.L. 206; *Dal Santo v. Dal Santo* (1975), 21 R.F.L. 117; *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601; *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401; *Connelly v. Connelly* (1974), 47 D.L.R. (3d) 535; *Piasta v. Piasta* (1974), 15 R.F.L. 137; *Gandy v. Gandy* (1882), 7 P.D. 168; *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313; *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113; *Binns v. Binns* (1985), 45 R.F.L. (2d) 369.

By La Forest J.

Referred to: *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401.

Statutes and Regulations Cited

Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, c. C-42, s. 8.
Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 3, 11, 17(2), 18(1).
Judicature Act, R.S.O. 1970, c. 228, s. 30(1).
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41(1) [rep. & subs. 1974-75-76, c. 18, s. 5], 42, 44, 47.

Authors Cited

Abella, Rosalie S. *Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support* (1981), 4 F.L.R. 1.
 Canada. Law Reform Commission. *Family Law*. Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1976.
 Canada. Law Reform Commission. *Maintenance on Divorce* (Working Paper 12). Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1975.
 Payne, D. Julien. "Policy Objectives of Private Law Spousal Support Rights and Obligations". In *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective*. Edited by K. Connell-Thouez and B. M. Knoppers. Toronto: Carswells, 1984, pp. 55-103.
 Wilson, Bertha. "The Variation of Support Orders". In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 35-67.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1985), 45 R.F.L. (2d) 1, 17 D.L.R. (4th) 147, 61 B.C.L.R. 217, allowing respondent's appeal from an order of Wong L.J.S.C. (1984), 41 R.F.L. (2d) 274, granting appellant's application to vary maintenance agreement incorporated in court order. Appeal dismissed.

Scott Hall, for the appellant.

R. Kasting, for the respondent.

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

WILSON J.—Section 11(2) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, confers on the court the power to vary a previous order for maintenance

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401.

a Lois et règlements cités

Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, chap. C-42, art. 8.
Judicature Act, R.S.O. 1970, chap. 228, art. 30(1).
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41(1) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 18, art. 5], 42, 44, 47.
Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 3, 11, 17(2), 18(1).

Doctrine citée

c Abella, Rosalie S. *Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support* (1981), 4 F.L.R. 1.
 Canada. Commission de réforme du droit. *Le droit de la famille*. Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1976.
 d Canada. Commission de réforme du droit. *Les divorcés et leur soutien* (Document de travail 12). Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1975.
 Payne, D. Julien. «Policy Objectives of Private Law Spousal Support Rights and Obligations». In *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective*. Edited by K. Connell-Thouez and B. M. Knoppers. Toronto: Carswells, 1984, pp. 55-103.
 e Wilson, Bertha. «The Variation of Support Orders». In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 35-67.

f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 45 R.F.L. (2d) 1, 17 D.L.R. (4th) 147, 61 B.C.L.R. 217, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimé contre une ordonnance du juge local Wong de la Cour suprême (1984), 41 R.F.L. (2d) 274, qui avait accueilli la demande faite par l'appelante en vue de faire modifier une convention alimentaire incorporée dans une ordonnance judiciaire. Pourvoi rejeté.

Scott Hall, pour l'appelante.

R. Kasting, pour l'intimé.

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

j LE JUGE WILSON—Le paragraphe 11(2) de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8, confère au tribunal le pouvoir de modifier une ordonnance

“having regard to the conduct of the parties since the making of the order or any change in the condition, means or other circumstances of either of them”. This appeal specifically addresses the extent of the constraints, if any, imposed on that power by the existence of a valid and enforceable maintenance agreement. Should the parties be held to the terms of their contract or should the court intervene to remedy the inequities now alleged by one of the parties to be flowing from the bargain previously entered into freely and on full knowledge and with the advice of counsel?

An ancillary issue raised on this appeal concerns jurisdiction — the jurisdiction of the Court of Appeal to review orders made under s. 11 of the *Divorce Act* and the jurisdiction of this Court to entertain appeals from judgments of the provincial appellate courts in relation to such orders.

I. The facts

The parties were married in 1954. They had two children. The respondent, Mr. Pelech, ran a general contracting business which later expanded and diversified. The appellant assisted her husband by acting as a receptionist and bookkeeper until the mid-1960's. The parties were divorced on May 1, 1969. Wilson C.J. of the British Columbia Supreme Court who presided at the petition for divorce found that Mrs. Pelech had serious psychological problems and awarded custody of the children to Mr. Pelech. He also awarded Mrs. Pelech permanent maintenance and referred the case to the Registrar for recommendations in this regard.

The parties, after obtaining the advice of counsel, entered into a maintenance agreement on September 15, 1969 which was approved by the Registrar. The agreement provided for a total payment of \$28,760 over a period of thirteen months. Clause (b) of the agreement stated:

alimentaire antérieure «compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent.» Le présent pourvoi porte précisément sur l'étendue de restrictions, s'il y a lieu, que l'existence d'une convention alimentaire valide et exécutoire pourrait imposer à ce pouvoir. Les parties devraient-elles s'en tenir aux conditions de leur contrat ou le tribunal devrait-il intervenir pour remédier aux inéquités qui, selon ce qu'allègue maintenant l'une des parties, découleraient de l'entente déjà conclue librement, en parfaite connaissance de cause et après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques?

Une question accessoire en l'espèce porte sur la compétence, savoir la compétence de la Cour d'appel d'examiner des ordonnances rendues en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* et celle de notre Cour de procéder à l'audition des pourvois formés contre les arrêts rendus par des cours d'appel provinciales relativement à de telles ordonnances?

I. Les faits

Les parties se sont mariées en 1954. Elles ont eu deux enfants. L'intimé, M. Pelech, était un entrepreneur général dont l'entreprise a ultérieurement pris de l'expansion et s'est diversifiée. L'appelante a assisté son mari en agissant comme réceptionniste et en tenant sa comptabilité jusqu'au milieu des années 60. Les parties ont divorcé le 1^{er} mai 1969. Le juge en chef Wilson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, saisi de la requête en divorce, a conclu que M^{me} Pelech souffrait de troubles psychologiques graves et a confié la garde des enfants à M. Pelech. Il a aussi accordé une pension alimentaire permanente à M^{me} Pelech, renvoyant l'affaire au protonotaire pour qu'il fasse des recommandations à cet égard.

Après avoir consulté des avocats, les parties ont conclu, le 15 septembre 1969, une convention alimentaire qui fut ratifiée par le protonotaire. La convention prévoyait le paiement d'un montant total de 28 760 \$ effectué par versements échelonnés sur une période de treize mois. La clause b) de la convention porte:

(b) The Petitioner agrees to accept the foregoing periodic payments in full satisfaction of all claim she now has or may have in the future for maintenance from the Respondent.

Mrs. Pelech also agreed to transfer to Mr. Pelech one share which she held in a business operated by him. The agreement, on the recommendation of the Registrar and with the consent of the parties, was confirmed and incorporated into an order of the court. Mrs. Pelech subsequently transferred the share to Mr. Pelech and Mr. Pelech paid the maintenance monies as agreed. Mrs. Pelech was 37 years old at the time of the divorce and Mr. Pelech 44.

At the time of the divorce in 1969 Mr. Pelech's net worth was \$128,000. Fifteen years later, when the current application to vary the original order was heard, that net worth had increased to \$1,800,000. The intervening years were not so kind to Mrs. Pelech. She invested most of the money she received for maintenance and endeavoured to live on the interest from it supplemented by income she was able to earn from temporary work as a bookkeeper and sales clerk. However, over the years her psychological problems increased and were compounded by severe physical problems. Because of her bad health she was often unable to work and she encroached on the capital of her maintenance fund in order to survive. In April 1982 the fund was depleted and Mrs. Pelech applied for social assistance. Later that same year she received an inheritance which enabled her to make a \$15,000 down payment on a bachelor apartment. The balance of the purchase price was financed with a \$16,000 mortgage. The judge at first instance summarized the state of Mrs. Pelech's affairs at the time of this application as follows:

The wife currently receives monthly welfare payments of \$430, from which she pays all her living expenses. Other than the mortgage, she has no other debt. At present, this woman is definitely living at a poverty existence level. The medical prognosis for her future ability to undertake gainful employment appears to be guarded. In view of the wife's history of ongoing disabilities together with her inability to either obtain or

[TRADUCTION] b) La requérante accepte les versements échelonnés ci-dessus en paiement final de toute créance alimentaire qu'elle a ou pourrait à l'avenir avoir contre l'intimé.

^a M^{me} Pelech a aussi convenu de céder à M. Pelech une action qu'elle détenait dans l'entreprise de ce dernier. La convention, à la recommandation du notaire et avec le consentement des parties, a ^b été homologuée et incorporée dans l'ordonnance du tribunal. M^{me} Pelech a par la suite cédé son action à M. Pelech et celui-ci lui a versé la prestation alimentaire convenue. M^{me} Pelech avait 37 ans au moment du divorce et M. Pelech 44.

^c Au moment du divorce, en 1969, l'avoir net de M. Pelech était de 128 000 \$. Quinze ans plus tard, au moment de l'audition de la présente demande de modification de l'ordonnance initiale, cet avoir net s'élevait à 1 800 000 \$. Dans l'intervalle, les années n'avaient pas été aussi favorables à M^{me} Pelech. Elle avait investi la plus grande partie de l'argent reçu à titre d'aliments et avait ^d tenté de vivre des intérêts produits par cette somme et du revenu qu'elle parvenait à gagner en travaillant à temps partiel comme commis comptable et vendeuse. Mais, au cours des ans, il y a eu ^e aggravation de ses problèmes psychologiques, auxquels se sont ajoutés des troubles physiques graves. À cause de sa mauvaise santé, elle a souvent été ^f incapable de travailler et elle a dû entamer le capital de son fonds alimentaire pour survivre. En ^g avril 1982, le fonds était épuisé et M^{me} Pelech a dû faire une demande d'aide sociale. Plus tard la même année, elle a touché une somme en héritage, qui lui a permis de verser un acompte de 15 000 \$ pour un studio. Pour payer le reste du prix d'achat, elle a souscrit une hypothèque de 16 000 \$. Le juge de première instance a résumé ainsi l'état des ^h affaires de M^{me} Pelech à l'époque de la présente requête:

ⁱ [TRADUCTION] L'épouse touche actuellement des prestations sociales de 430 \$ par mois dont elle se sert pour subvenir à ses besoins. À part l'hypothèque, elle n'a pas d'autre dette. Actuellement, cette femme vit manifestement sous le seuil de la pauvreté. Le pronostic médical ^j quant à sa capacité éventuelle d'obtenir un emploi rémunérateur semble réservé. Compte tenu de ce passé d'incapacités de l'épouse et de son inaptitude à obtenir ou à

retain gainful employment for any appreciable period of time, I think the realistic prospects of this 53-year-old woman to obtain any type of future gainful employment will be most unlikely.

Mrs. Pelech is now 54 years old and Mr. Pelech 61. The two children are grown up and fend for themselves.

II. The Legislation

In December 1982, Mrs. Pelech brought a motion under s. 11(2) of the *Divorce Act* to vary the award of maintenance made to her twelve years earlier under s. 11(1) of the same Act. Section 11 reads in its entirety:

11. (1) Upon granting a decree nisi of divorce, the court may, if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them, make one or more of the following orders, namely:

(a) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the wife,
- (ii) the children of the marriage, or
- (iii) the wife and the children of the marriage;

(b) an order requiring the wife to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the husband,
 - (ii) the children of the marriage, or
 - (iii) the husband and the children of the marriage;
- and

(c) an order providing for the custody, care and upbringing of the children of the marriage.

(2) An order made pursuant to this section may be varied from time to time or rescinded by the court that made the order if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties since the making of the order or any change in the condition, means or other circumstances of either of them.

Since the scope of an appellate court's power in reviewing a lower court's order is also put in issue on this appeal, I reproduce s. 17(2) of the Act:

conserver un emploi rémunérateur pendant une période appréciable, je pense qu'il est très peu probable que cette femme de 53 ans puisse obtenir à l'avenir quelque emploi rémunérateur.

^a M^{me} Pelech est maintenant âgée de 54 ans et M. Pelech de 61 ans. Leurs deux enfants sont maintenant adultes et subviennent à leurs propres besoins.

II. La législation

^b En décembre 1982, M^{me} Pelech a présenté une requête, fondée sur le par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, en vue de faire modifier l'ordonnance alimentaire qui lui avait été accordée, douze ans auparavant, en vertu du par. 11(1) de la même loi. Voici le texte de l'art. 11 au complet:

11. (1) En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir:

^c a) une ordonnance enjoignant au mari d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

- (i) de l'épouse,
- (ii) des enfants du mariage, ou
- (iii) de l'épouse et des enfants du mariage;

^f b) une ordonnance enjoignant à l'épouse d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

- (i) du mari,
- (ii) des enfants du mariage, ou
- (iii) du mari et des enfants du mariage; et

^g c) une ordonnance pourvoyant à la garde, à l'administration et à l'éducation des enfants du mariage.

^h (2) Une ordonnance rendue en conformité du présent article peut être modifiée à l'occasion ou révoquée par le tribunal qui l'a rendue s'il l'estime juste et approprié compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent.

^j Comme l'étendue du pouvoir d'une cour d'appel d'examiner l'ordonnance d'un tribunal d'instance inférieure est aussi en cause, je reproduis ici le par. 17(2) de la Loi:

17. (1) ...

(2) The court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal and

(i) pronounce the judgment that ought to have been pronounced including such order or such further or other order as it deems just, or

(ii) order a new trial where it deems it necessary to do so to correct a substantial wrong or miscarriage of justice.

In addition, the respondent challenges the jurisdiction of this Court to hear this case on the basis of s. 18(1) of the Act which provides:

18. (1) An appeal lies on a question of law to the Supreme Court of Canada with leave of that court from a decision of the court of appeal under section 17.

Sections 41(1), 42 and 44 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19 as amended, are also relevant to this latter issue:

41. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in such question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from such judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

42. Notwithstanding anything in this Act, the Supreme Court has jurisdiction as provided in any other Act conferring jurisdiction.

44. (1) No appeal lies to the Supreme Court from a judgment or order made in the exercise of judicial discretion except in proceedings in the nature of a suit or proceeding in equity originating elsewhere than in the Province of Quebec and except in *mandamus* proceedings.

(2) This section does not apply to an appeal under section 41.

17. (1) ...

(2) La cour d'appel peut

a) rejeter l'appel; ou

b) faire droit à l'appel et

(i) rendre le jugement qui aurait dû être rendu, y compris l'ordonnance ou toute ordonnance supplémentaire ou autre qu'elle estime juste, ou

(ii) ordonner un nouveau procès lorsqu'elle l'estime nécessaire dans le but de remédier à une injustice grave ou à une erreur judiciaire.

En outre, l'intimé conteste la compétence qu'aurait cette Cour pour entendre la présente affaire suivant le par. 18(1) de la Loi, qui porte:

18. (1) Appel d'une décision de la cour d'appel rendue en vertu de l'article 17 peut être interjeté, sur une question de droit, devant la Cour suprême du Canada, avec la permission de cette Cour.

Le paragraphe 41(1) et les art. 42 et 44 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19 et ses modifications, sont également pertinents sur ce dernier point:

41. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel à la Cour suprême de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la plus haute cour du dernier ressort habilitée, dans une province, à rendre jugement dans l'affaire en question, ou par l'un des juges de cette cour, que l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême ait ou non été refusée par un autre tribunal, lorsque la Cour suprême estime, étant donné l'importance de l'affaire pour le public, l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou sa nature ou son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde dès lors l'autorisation d'interjeter appel de ce jugement.

42. Nonobstant toute disposition de la présente loi, la Cour suprême a la compétence prévue par toute autre loi conférant juridiction.

44. (1) Nul appel ne peut être interjeté à la Cour suprême d'un jugement ou d'une ordonnance rendue dans l'exercice d'une discrétion judiciaire, sauf dans les procédures de la nature d'une poursuite ou procédure en *equity* qui prend naissance ailleurs que dans la province de Québec et sauf dans les procédures de *mandamus*.

(2) Le présent article ne s'applique pas à un appel sous le régime de l'article 41.

III. The Courts Below

Mrs. Pelech's application for a variation of the original maintenance award was granted by Wong L.J.S.C. of the British Columbia Supreme Court (1984), 41 R.F.L. (2d) 274. Wong L.J.S.C. first rejected Mrs. Pelech's allegation that her health problems stemmed from the physical cruelty of Mr. Pelech during their marriage. He found that there was no evidence of such cruelty and, indeed, that Mrs. Pelech's psychological problems were a contributing factor in the marriage breakdown. He expressed his satisfaction that Mrs. Pelech had been represented by independent counsel at the time of the divorce and that therefore the maintenance agreement could not be viewed as unconscionable. Moreover, its terms had long since been fully discharged. The question therefore became whether the court should vary the freely negotiated and fully discharged maintenance agreement which had formed the basis of the original court order.

The respondent submitted that the jurisdiction of the court under s. 11(2) depended upon there being an existing court order and that, once the s. 11(1) order had been fully discharged, nothing remained for the court to vary. He cited the decision of the Alberta Supreme Court in *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385 in support. In that case Dechene J. at p. 390 quoted with approval the comments of Sinclair J.A. dissenting in *Goldstein v. Goldstein* (1976), 23 R.F.L. 206 (Alta. C.A.) where he said at p. 216:

I say this because it is my view that Parliament did not intend that after divorce the divorced spouses were to be forever contingently liable for the support of each other. In my opinion Parliament must have intended that at some stage or another a divorced person is entitled to say 'That's it: my responsibilities to my former partner are at an end; I can look forward to a new life free of any contingent liability to my former spouse and can plan my affairs accordingly.'

Dechene J. also relied on the statement of Anderson J. in the British Columbia Supreme Court in

III. Les tribunaux d'instance inférieure

Le juge local Wong de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a fait droit à la requête présentée par M^{me} Pelech en vue de faire modifier l'ordonnance alimentaire initiale (1984), 41 R.F.L. (2d) 274. Le juge Wong a d'abord rejeté l'allégation de M^{me} Pelech portant que ses problèmes de santé découlaient de la cruauté physique dont elle aurait fait l'objet de la part de M. Pelech au cours de leur mariage. Il a conclu qu'il n'y avait aucune preuve de cruauté de cette nature et qu'en réalité les problèmes psychologiques de M^{me} Pelech avaient contribué à la rupture du mariage. Il s'est dit convaincu que M^{me} Pelech avait été représentée par un avocat indépendant au moment du divorce et que, par conséquent, la convention alimentaire ne pouvait être considérée comme lésionnaire. De plus, cette convention avait depuis longtemps été entièrement exécutée. Il s'agissait donc de déterminer si le tribunal devait modifier cette convention alimentaire, librement négociée et entièrement exécutée, sur laquelle se fondait l'ordonnance judiciaire initiale.

L'intimé a soutenu que la compétence que le par. 11(2) confère au tribunal repose sur l'existence d'une ordonnance judiciaire et qu'une fois l'ordonnance du par. 11(1) entièrement exécutée, il ne reste plus rien que le tribunal puisse modifier. Il a cité, à l'appui de cet argument, la décision de la Cour suprême de l'Alberta *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385. À la page 390 de cette décision, le juge Dechene cite, en les approuvant, les observations que fait le juge Sinclair, dissident, à la p. 216 de l'arrêt *Goldstein v. Goldstein* (1976), 23 R.F.L. 206 (C.A. Alb.):

[TRADUCTION] Si je dis cela c'est parce qu'à mon avis le législateur n'a jamais voulu qu'après le divorce les conjoints divorcés se doivent, pour toujours, mutuellement assistance en cas de besoin. À mon avis, l'intention du législateur doit avoir été qu'à un moment ou à un autre la personne divorcée puisse dire: «Ça y est, c'est la fin de mes responsabilités envers mon ancien partenaire; je puis envisager une nouvelle vie, libre de toute responsabilité éventuelle envers mon ancien conjoint et planifier mes affaires en conséquence.»

Le juge Dechene s'est aussi appuyé sur la déclaration du juge Anderson dans l'arrêt de la Cour

Dal Santo v. Dal Santo (1975), 21 R.F.L. 117 to the effect that it is in the community interest to encourage parties to negotiate an agreement upon which they may rely in the future and that “contracts of this kind should not be lightly disturbed” (p. 120).

Wong L.J.S.C. rejected this approach to s. 11(2). He felt that the need to preserve the court’s jurisdiction to supervise the maintenance of former spouses “as an incident of divorce” was fully as important as the need for finality in the marital obligations of ex-spouses. He saw “the divorced relationship” as a continuing relationship involving an ongoing power in the court to supervise maintenance presumably for as long as the parties lived. He did not think that a broader interpretation of s. 11(2) had the effect of excluding the considerations voiced by the court in *Collins*. He accepted the view expressed in the authorities that a court should not ignore or lightly upset a previous agreement when making an order that is “fit and just” under s. 11(2). Judicial intervention therefore should only occur when there is “a gross change in circumstances” or when “the conscience of the court is shocked”. Wong L.J.S.C. felt that at the time Mr. and Mrs. Pelech entered into the agreement they both assumed that Mrs. Pelech was employable and would become financially self-sufficient. Mrs. Pelech’s current dire need constituted a gross change in circumstances and Mr. Pelech was now, by contrast, a person of ample means. The burden of maintaining Mrs. Pelech should therefore fall upon her ex-spouse rather than on the public purse. Wong L.J.S.C. ordered Mr. Pelech to pay periodic maintenance of \$2,000 per month to Mrs. Pelech.

Lambert J.A., for a unanimous Court of Appeal, overturned Wong L.J.S.C.’s decision to vary the original order (1985), 45 R.F.L. (2d) 1, 17 D.L.R.

suprême de la Colombie-Britannique *Dal Santo v. Dal Santo* (1975), 21 R.F.L. 117, portant qu’il est dans l’intérêt de la collectivité d’encourager les parties à négocier une convention à laquelle elles pourront se fier à l’avenir et que [TRADUCTION] «les contrats de ce genre ne devraient pas être modifiés à la légère» (p. 120).

Le juge Wong a rejeté cette interprétation du par. 11(2). Il a estimé que la nécessité de préserver la compétence du tribunal en matière de surveillance du paiement des aliments des anciens conjoints [TRADUCTION] «comme mesure accessoire au divorce» importe tout autant que celle du caractère définitif de leurs obligations matrimoniales. Il a considéré [TRADUCTION] «les rapports des divorcés» comme des rapports qui se poursuivent et qui comportent la faculté, toujours présente pour le tribunal, de s’assurer du respect des obligations alimentaires, présumément pendant aussi longtemps que les parties vivront. Il ne pensait pas qu’une interprétation plus large du par. 11(2) avait pour effet d’exclure les considérations énoncées par la cour dans l’arrêt *Collins*. Il a accepté l’opinion exprimée dans la jurisprudence, selon laquelle un tribunal ne devrait pas passer sous silence ni modifier à la légère une convention antérieure en rendant une ordonnance «juste et appropriée» au sens du par. 11(2). Le juge ne devrait donc intervenir qu’en cas de [TRADUCTION] «changement radical de circonstances» ou lorsque [TRADUCTION] «la conscience du tribunal est choquée». Le juge Wong a estimé qu’à l’époque où M. et M^{me} Pelech ont conclu la convention, ils ont tous deux présumé que M^{me} Pelech pourrait se trouver un emploi et qu’elle deviendrait autosuffisante financièrement. L’état actuel de grand dénuement dans lequel se trouve M^{me} Pelech constitue un changement radical de circonstances, alors que, de son côté, M. Pelech est devenu une personne bien pourvue. L’obligation de soutenir M^{me} Pelech devrait donc incomber à son ex-conjoint plutôt qu’au trésor public. Le juge Wong a donc ordonné à M. Pelech de verser une pension alimentaire de 2 000 \$ par mois à M^{me} Pelech.

Le juge Lambert, au nom de la Cour d’appel à l’unanimité, a infirmé la décision du juge Wong de modifier l’ordonnance initiale (1985), 45 R.F.L.

(4th) 147, 61 B.C.L.R. 217. Although he agreed that the court's jurisdiction could not be extinguished by the fulfilment or satisfaction of the terms of the previous order, he had a different view of when it was appropriate to exercise that jurisdiction. Lambert J.A. referred to the extensive jurisprudence on this issue and suggested that the recurring concern in the modern authorities is that parties should be able to rely on their agreements. He quoted with approval Zuber J.A.'s reasons in the Ontario Court of Appeal in *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244 to the effect that, since changes in circumstance are inevitable, such changes should not be used to justify judicial intervention into otherwise valid and binding contractual arrangements. "If the parties agree to settle their affairs", said Zuber J.A., "then their affairs should be regarded as settled" (p. 253). Zuber J.A. went on to say, however, that if the agreement they enter into is vulnerable on some other basis, then the changes in circumstance will be a factor to be taken into account in determining the appropriate award of maintenance. In Lambert J.A.'s view Zuber J.A.'s reference to some other basis was to the traditional common law and equitable defences to the enforcement of ordinary contracts as well as to a "narrow range of cases" where relief is appropriate despite the binding effect of the contract.

Unfortunately Lambert J.A. did not elaborate on what he considered comprised the narrow range of cases in which a binding settlement agreement could be varied other than to say that cases "where the maintenance provisions adversely affect the custody of children come instantly to mind, as an example". Instead, he concentrated on the principle he was relying on for not intervening in this case, namely that where:

(a) there is an agreement for the payment of maintenance as a lump sum or as periodic payments for a set period, and

(2d) 1, 17 D.L.R. (4th) 147, 61 B.C.L.R. 217. Tout en convenant que le tribunal ne peut perdre sa compétence du seul fait que les conditions de l'ordonnance antérieure ont été exécutées ou remplies, il avait une opinion différente quant au moment où il convient d'exercer cette compétence. Le juge Lambert a renvoyé à la jurisprudence abondante qui existe sur la question, en laissant entendre que le souci qu'on retrouve fréquemment dans les précédents modernes est que les parties puissent se fier aux conventions qu'elles ont conclues. Il a cité, en les approuvant, les motifs du juge Zuber dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244, où ce dernier affirme que, puisque les changements de circonstances sont inévitables, on ne devrait pas s'en servir pour justifier une intervention judiciaire dans des arrangements contractuels par ailleurs valides et exécutoires. [TRADUCTION] «Si les parties conviennent de régler leurs affaires», affirme le juge Zuber, [TRADUCTION] «alors leurs affaires devraient être considérées comme réglées» (p. 253). Le juge Zuber ajoute cependant que si la convention conclue peut être contestée pour quelque autre raison, le changement de circonstances devient alors un facteur dont il faut tenir compte pour déterminer la pension alimentaire appropriée. Selon le juge Lambert, la mention par le juge Zuber de quelque autre fondement visait les moyens de défense traditionnels, en *common law* et en *equity*, opposables à l'exécution des contrats ordinaires ainsi que la [TRADUCTION] «catégorie de cas limitée» où un redressement est approprié malgré la force exécutoire du contrat.

Malheureusement, le juge Lambert n'a pas donné les détails de ce qu'il considère comme inclus dans cette catégorie de cas limitée où une convention exécutoire peut être modifiée, si ce n'est pour dire que les cas [TRADUCTION] «où les stipulations alimentaires sont préjudiciables à la garde des enfants sont un exemple qui vient immédiatement à l'esprit». Il s'est concentré plutôt sur le principe qu'il invoquait pour ne pas intervenir en l'espèce, savoir lorsque:

[TRADUCTION] a) il existe une convention de paiement d'aliments sous forme de montant forfaitaire ou de sommes échelonnées à verser pendant une période fixe,

(b) the agreement releases all claims for future maintenance, and

(c) the agreement was valid and enforceable when it was made, and

(d) the agreement was not an unreasonable or unfair one when it was made, and

(e) the provisions of the agreement for payment of maintenance are incorporated in a court order without any change that has not been agreed to by the parties, and

(f) the agreement and the court order are carried out, and all maintenance payments are made, and

(g) there are no children whose care is directly affected by any subsequent application to vary the maintenance order . . .

there should be no intervention. Judicial intervention should be the exception and not the rule:

The rule is that settlement agreements must be respected. Marriage partners who decide to go their own way should be able to set for themselves, if they wish, the terms on which they will part, without risk of judicial intervention. If an agreement is not final and binding, then nothing can be achieved by making the compromises required to reach agreement, and the parties will have little incentive or encouragement to settle their differences.

Lambert J.A. acknowledged that the consequence of this principle was that Mrs. Pelech and others in similar circumstances would remain a public charge. However:

. . . against that must be weighed, among other financial consequences, the financial advantages to the community in having binding maintenance settlements made by the parties themselves, rather than by judges and other public officers in facilities provided and maintained at public expense.

Lambert J.A. concluded by allowing Mr. Pelech's appeal and dismissing Mrs. Pelech's application for a variation of the 1969 maintenance order.

IV. Jurisdictional Issues

A. *The Powers of the Reviewing Court*

The appellant submits that the principle enunciated by Lambert J.A. in the Court of Appeal amounts to a fettering of the trial judge's discre-

b) la convention prévoit la renonciation à toute créance alimentaire future,

c) la convention était valide et exécutoire au moment où elle a été conclue,

^a d) la convention n'était ni déraisonnable ni injuste au moment où elle a été conclue,

^b e) les dispositions de la convention relatives au paiement d'aliments sont incorporées dans une ordonnance judiciaire sans qu'aucune modification n'ait été apportée sans le consentement des parties,

f) la convention et l'ordonnance judiciaire sont exécutées et tous les paiements alimentaires faits, et

^c g) il n'y a pas d'enfant dont la garde est directement touchée par une demande subséquente de modification de l'ordonnance alimentaire . . .

il ne devrait pas y avoir d'intervention. L'intervention du juge devrait être l'exception et non la règle:

^d [TRADUCTION] La règle est que les conventions doivent être respectées. Les partenaires unis par le mariage qui décident de se séparer devraient pouvoir fixer eux-mêmes, s'ils le veulent, les conditions de leur séparation, sans courir le risque d'une intervention judiciaire. Si une ^e convention n'est pas définitive et exécutoire, alors les compromis qu'il a fallu faire pour s'entendre n'auront servi à rien et les parties ne seront guère incitées ni encouragées à régler leurs divergences.

^f Le juge Lambert a reconnu que ce principe ferait en sorte que M^{me} Pelech et les autres personnes qui se trouvent dans une situation semblable demeureraient à la charge de la société. Cependant:

^g [TRADUCTION] . . . à cela on doit opposer, parmi d'autres conséquences financières, les avantages pécuniaires qu'il y a pour la société à ce que ce soient les parties elles-mêmes qui concluent une convention alimentaire exécutoire et non les juges ou d'autres officiers publics qui la leur imposent, dans des lieux fournis et entretenus ^h à mêmes les deniers publics.

ⁱ Le juge Lambert, pour conclure, a accueilli l'appel de M. Pelech et a rejeté la requête présentée par M^{me} Pelech en vue de faire modifier l'ordonnance alimentaire de 1969.

IV. Les moyens déclinatoires

A. *Les pouvoirs du tribunal d'examen*

^j L'appelante fait valoir que le principe énoncé par le juge Lambert de la Cour d'appel a pour effet d'entraver le pouvoir discrétionnaire attribué

tion under s. 11(2). That discretion, the appellant argues, confers on the trial judge “an untrammelled right to vary a maintenance order in appropriate circumstances”. The Court of Appeal, on the other hand, does not have a wide open discretion to substitute its view for that of the trial judge but can only interfere where there has been error of law in the court below. The appellant cites *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150 (C.A.) in support.

The respondent takes issue with this view of the Court of Appeal’s jurisdiction and refers to the proposition advanced in *Piller v. Piller*, [1975] 4 W.W.R. 342 (B.C.C.A.), to the effect that s. 17(2) of the *Divorce Act* does indeed give the Court of Appeal an independent discretion to decide the case afresh. I reproduce the section once more for convenience:

17. (1) ...

(2) The court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal and

(i) pronounce the judgment that ought to have been pronounced including such order or such further or other order as it deems just, or

(ii) order a new trial where it deems it necessary to do so to correct a substantial wrong or miscarriage of justice.

The respondent also relies on the comment of Laskin C.J. in *Nash v. Nash*, [1975] 2 S.C.R. 507, where he said at p. 516:

Counsel for the appellant finds himself, first, on the position that the Court of Appeal ought not to have interfered with the discretion of the trial judge in ordering periodic payments . . . On the first point taken, s. 17 of the *Divorce Act* gives the widest powers to the Court of Appeal, and I am unable to say in this case that if that Court had the power to order security for the payment of periodic maintenance it was wrong in doing so.

Implicit in the appellant’s argument is the premise that the trial judge in the present case acted within his discretion and that, as no error of law

au juge de première instance par le par. 11(2). Ce pouvoir discrétionnaire, soutient l’appelante, confère au juge de première instance [TRADUCTION] «le droit absolu de modifier une ordonnance alimentaire dans des circonstances appropriées». La Cour d’appel, d’autre part, ne jouit pas d’un pouvoir discrétionnaire étendu de substituer son opinion à celle du juge de première instance; elle ne peut intervenir qu’en cas d’erreur de droit de la part du tribunal inférieur. L’appelante cite à l’appui de cet argument l’arrêt *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150 (C.A.)

L’intimé conteste cette conception de la compétence de la Cour d’appel et mentionne la proposition énoncée dans l’arrêt *Piller v. Piller*, [1975] 4 W.W.R. 342 (C.A.C.-B.), selon laquelle le par. 17(2) de la *Loi sur le divorce* confère effectivement à la Cour d’appel le pouvoir discrétionnaire indépendant de statuer à nouveau sur l’affaire. Je reproduis encore une fois cet article pour des motifs de commodité:

17. (1) ...

(2) La cour d’appel peut

a) rejeter l’appel; ou

b) faire droit à l’appel et

(i) rendre le jugement qui aurait dû être rendu, y compris l’ordonnance ou toute ordonnance supplémentaire ou autre qu’elle estime juste, ou

(ii) ordonner un nouveau procès lorsqu’elle l’estime nécessaire dans le but de remédier à une injustice grave ou à une erreur judiciaire.

L’intimé s’appuie aussi sur l’observation que fait le juge en chef Laskin, dans l’arrêt *Nash c. Nash*, [1975] 2 R.C.S. 507, lorsqu’il dit, à la p. 516:

L’avocat de l’appelant se fonde, premièrement, sur ce que la Cour d’appel n’aurait pas dû s’introduire dans la discrétion du juge de première instance en ordonnant des versements périodiques [. . .] Sur le premier point soulevé, l’art. 17 de la *Loi sur le divorce* confère des pouvoirs des plus étendus à la Cour d’appel, et je ne saurais dire en l’espèce que si ce tribunal-là avait le pouvoir d’ordonner que l’on garantisse le paiement périodique d’allocations d’entretien, il a eu tort de le faire.

Implicitement, l’argument de l’appelante est fondé sur la prémisse que le juge de première instance, en l’espèce, a agi dans les limites de son

was demonstrated, the appellate court must defer to his decision. However, the appellant's description of the s. 11(2) jurisdiction of the trial judge as "an untrammelled right to vary . . . in appropriate circumstances" begs the question. The right is not "untrammelled"; it is clearly constrained by the appropriateness of the circumstances. While I agree that the so-called "principle" enunciated and applied by Lambert J.A. in this case is merely an illustration of one set of "appropriate circumstances" rather than a proposition of law, the criteria for the exercise of judicial discretion are essentially legal criteria. Their delineation, as well as a failure to apply them or a misapplication of them, raises a question of law. In my view, the present case squarely raises the question as to what the criteria are for determining the appropriateness of judicial intervention under s. 11(2) or, to use the language of the statute, when is it "fit and just" for the court to vary a s. 11(1) order in the face of an antecedent valid and enforceable settlement agreement. As this question of law is sufficient in itself to ground the Court of Appeal's jurisdiction, it is not, strictly speaking, necessary to resolve the disparate views expressed in the *Piller* and *Harrington* cases. However, the point has been raised by the parties and would appear to require clarification.

The decision in *Piller* stands for the proposition that s. 17(2)(b)(i) of the *Divorce Act* confers a broad power on courts of appeal to review discretionary decisions made in the courts below. This interpretation was reaffirmed in unequivocal terms in *Carmichael v. Carmichael* (1976), 27 R.F.L. 325 (B.C.C.A.) In that case Farris C.J.B.C., who also delivered the judgment in *Piller*, stated at p. 329:

In approaching the question of whether the order made below is appropriate, this court has an independent discretion. It need not be shown before we can intervene that the trial judge proceeded on some wrong

pouvoir discrétionnaire et que, puisqu'on n'a démontré l'existence d'aucune erreur de droit, la Cour d'appel doit s'en remettre à sa décision. Toutefois, la description par l'appelante de la compétence du juge de première instance selon le par. 11(2), comme étant [TRADUCTION] «le droit absolu de modifier [...] dans des circonstances appropriées» constitue une pétition de principe. Ce droit n'est pas «absolu»; il est clairement assujéti au caractère approprié des circonstances. Tout en convenant que le soi-disant «principe» qu'énonce et applique le juge Lambert en l'espèce n'est qu'une illustration d'un ensemble de «circonstances appropriées» plutôt qu'une éventuelle règle de droit, les critères d'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge sont essentiellement des critères juridiques. Leur délimitation, tout comme leur non-application ou leur mauvaise application, pose une question de droit. À mon avis, la présente affaire soulève nettement la question de savoir quels sont les critères applicables pour déterminer si une intervention judiciaire est appropriée en vertu du par. 11(2) ou, pour reprendre les termes de la Loi, quand il est «juste et approprié» que le tribunal modifie une ordonnance rendue en vertu du par. 11(1) lorsqu'il existe une convention antérieure valide et exécutoire. Comme cette question de droit est suffisante en soi pour attribuer compétence à la Cour d'appel, il n'est pas, à proprement parler, nécessaire de réconcilier les opinions divergentes exprimées dans les arrêts *Piller* et *Harrington*. Cependant les parties ont soulevé la question et elle semblerait exiger des éclaircissements.

L'arrêt *Piller* appuie la thèse selon laquelle le sous-al. 17(2)(b)(i) de la *Loi sur le divorce* confère un large pouvoir aux cours d'appel de contrôler les décisions rendues par des tribunaux d'instance inférieure dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. L'arrêt *Carmichael v. Carmichael* (1976), 27 R.F.L. 325 (C.A.C.-B.) réaffirme cette interprétation en termes non équivoques. Dans cette affaire, le juge en chef Farris de la Colombie-Britannique, auteur également de l'arrêt *Piller*, dit à la p. 329:

[TRADUCTION] Quand elle se demande si l'ordonnance rendue par une instance inférieure est appropriée, notre cour jouit d'un pouvoir discrétionnaire indépendant. Il n'a pas à être démontré, pour que nous puissions

principle or failed to take into consideration factors that he should have, or took into consideration factors which were not appropriate: see *Piller v. Piller*, 17 R.F.L. 252, [1975] 4 W.W.R. 342 at 345, 54 D.L.R. (3d) 150 (B.C.C.A.). I therefore approach this problem as if the court was hearing the matter anew. The fact that I differ in the result does not necessarily mean that Aikins J. was wrong. It simply means that reasonable men may differ in their view of what is appropriate.

This expansive interpretation of s. 17(2) has generally been adhered to in the B.C. courts and has in addition found favour with the Manitoba Court of Appeal in *Guberman v. Guberman*, [1977] 2 W.W.R. 1.

A more restrictive view has been espoused by the Ontario courts. The following passage from Morden J.A.'s reasons in *Harrington* articulates the rationale for this alternative approach (at pp. 154-55):

The purpose of s. 17(2)(b)(i) of the *Divorce Act*, which enables us to "pronounce the judgment that ought to have been pronounced" is to prescribe the general kind of disposition open to us, on allowing an appeal, as an alternative to ordering a new trial (s. 17(2)(b)(ii)) and is not intended, in my view, to provide the rule governing when we will interfere with the challenged judgment, i.e., it does not set forth the standard for determining whether or not the challenged judgment should be set aside. The language of s. 17(2)(b)(i) is not new and is rather familiar in statutes relating to appeals (see, e.g., 1857 (U.C.), c. 5, s. 7, in a statute relating to the Court of Error and Appeal in Upper Canada, and the *Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228, s. 30(1)), and its function is, to repeat, to prescribe one aspect of the nature of our power after it has been decided, on proper grounds, that the appeal should be allowed.

Where the ultimate disposition turns on the relative weighting of principles and considerations (the broad mandate is set forth in s. 11(1) of the *Divorce Act*), different minds may fairly come to different conclusions, and there are no fixed rules for determining "correctness", it seems to me that general practicality and fairness require an appellant to show some material error in the reasoning of the trial Judge for an appellate Court to interfere. This approach applies with particular force in a case (and this is not one) where the only issue

intervenir, que le juge de première instance s'est fondé sur un principe erroné ou qu'il n'a pas tenu compte de facteurs dont il aurait dû tenir compte ou qu'il a tenu compte de facteurs qui n'étaient pas appropriés: voir l'arrêt *Piller v. Piller*, 17 R.F.L. 252, [1975] 4 W.W.R. 342, à la p. 345, 54 D.L.R. (3d) 150 (C.A.C.-B.) J'aborde donc ce problème comme si la cour était saisie de l'affaire pour la première fois. Le fait que j'arrive à un résultat différent ne signifie pas nécessairement que le juge Aikins avait tort. Cela signifie simplement que des hommes raisonnables peuvent avoir des opinions divergentes sur ce qui est approprié.

Les tribunaux de Colombie-Britannique ont en général adhéré à cette interprétation large du par. 17(2), qui a aussi trouvé faveur auprès de la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *Guberman v. Guberman*, [1977] 2 W.W.R. 1.

Les tribunaux ontariens ont adopté un point de vue plus restrictif. Le passage suivant des motifs du juge Morden de la Cour d'appel dans l'arrêt *Harrington* expose le raisonnement sur lequel se fonde cet autre point de vue (aux pp. 154 et 155):

[TRADUCTION] L'alinéa 17(2)(b)(i) de la *Loi sur le divorce*, qui nous permet de «rendre le jugement qui aurait dû être rendu» a pour objet de prescrire le type général de décision que nous pouvons rendre quand nous accueillons l'appel, au lieu d'ordonner un nouveau procès (al. 17(2)(b)(ii)); il n'a pas pour but, à mon avis, d'énoncer une règle régissant les cas où nous pouvons modifier le jugement attaqué, c.-à-d., il n'établit pas la norme applicable pour déterminer si le jugement attaqué doit ou non être annulé. Le texte de l'al. 17(2)(b)(i) n'est pas nouveau mais, au contraire, assez courant dans les lois qui traitent des appels (voir, par ex. 1857 (H.-C.), chap. 5, art. 7, une loi relative à la Court of Error and Appeal du Haut-Canada, et la *Judicature Act*, R.S.O. 1970, chap. 228, par. 30(1)) et sa fonction est, redisons-le, de prescrire un aspect de la nature de notre pouvoir, après qu'il a été décidé, à bon droit, que l'appel devrait être accueilli.

Lorsque la décision ultime dépend d'une évaluation des principes et des considérations (c'est là le vaste mandat conféré par le par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*), des esprits différents peuvent en toute honnêteté arriver à des conclusions différentes et il n'y a aucune règle fixe qui permet de déterminer de ce qui est «correct», il me semble que le sens pratique général et l'équité requièrent de l'appellant qu'il démontre l'existence d'une erreur grave dans le raisonnement du juge de première instance pour qu'une juridiction d'appel

is the amount of entitlement. Because he has the benefit of the atmosphere of the trial, a trial Judge is generally in a better position than an appellate Court to exercise his evaluative judgment correctly. Also, an independent discretion, approach, involving a reconsideration of all matters *de novo*, would inevitably result in there being a fairly arguable appeal in just about every case.

Both the *Piller* and the *Harrington* lines of authority are of great force and persuasion. However, it seems to me that if one examines the basis of each approach and, in addition, their impact in general terms on traditional notions of appellate review, the views expressed in *Harrington* afford the most acceptable result.

The court in *Piller* drew support from Martland J.'s reasons in *Swain v. Dennison*, [1967] S.C.R. 7, and from the remarks referred to earlier by Laskin C.J. in *Nash*. The legislative provision at issue in *Swain v. Dennison* was s. 17 of the *Testator's Family Maintenance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 378. It provides:

17. From any order made under this Act a party deeming himself prejudicially affected may appeal to the Court of Appeal within the same time and the same manner as from a final judgment of the Court in a civil cause.

Martland J. reasoned that because of the discretionary nature of the trial judge's jurisdiction under the Act and the specific right of appeal conferred in s. 17, the appellate court was empowered to reach its own conclusion whenever a party deemed itself "prejudicially affected". It seems to me, however, that the language of the legislation in *Swain v. Dennison* differs significantly from that of s. 17(2) of the *Divorce Act*. The former provision sets out the conditions under which a party may appeal, i.e., whenever it deems itself prejudiced by the decision at first instance. In order that that very broad right of appeal be meaningful the court to which such an appeal is taken should be able to intervene on the same basis and correct the prejudice complained of. This is dictated both by

intervienne. Cela est d'autant plus vrai dans une affaire (et ce n'est pas le cas en l'espèce) où la seule question en cause est le montant de la créance. Ayant pu apprécier l'atmosphère du débat sur les faits, le juge de première instance est en général mieux placé que la juridiction d'appel pour exercer correctement son jugement en matière d'évaluation. Aussi, procéder selon un pouvoir discrétionnaire indépendant, comportant un examen *de novo* de toutes les questions, engendrerait inévitablement la possibilité d'arguer d'un droit d'appel dans à peu près tous les cas.

L'arrêt *Piller* et l'arrêt *Harrington* représentent tous les deux des courants de jurisprudence qui ont une grande force persuasive. Toutefois, il me semble que si l'on étudie le fondement de chaque conception et, en outre, leur effet général sur les notions traditionnelles de l'examen par voie d'appel, le point de vue exprimé dans l'arrêt *Harrington* conduit au résultat le plus acceptable.

La cour, dans l'arrêt *Piller*, s'est fondée sur les motifs du juge Martland dans l'arrêt *Swain v. Dennison*, [1967] R.C.S. 7, et sur les remarques déjà citées du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Nash*. L'article 17 de la *Testator's Family Maintenance Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 378, était la disposition législative en cause dans l'arrêt *Swain v. Dennison*. Elle porte:

[TRADUCTION] 17. La partie qui s'estime lésée peut interjeter appel, contre toute ordonnance rendue en vertu de la présente loi, à la Cour d'appel dans le même délai et de la même manière que dans le cas d'un jugement définitif rendu par la cour en matière civile.

Le juge Martland tient le raisonnement selon lequel, étant donné la nature discrétionnaire de la compétence que possède le juge de première instance en vertu de la Loi, et vu le droit d'appel expressément conféré par l'art. 17, la juridiction d'appel a le pouvoir de tirer ses propres conclusions quand une partie s'estime [TRADUCTION] «lésée». Il me semble cependant que le texte de loi en cause dans l'arrêt *Swain v. Dennison* diffère sensiblement du par. 17(2) de la *Loi sur le divorce*. La première disposition énonce les circonstances dans lesquelles une partie peut interjeter appel, c.-à-d., lorsqu'elle s'estime lésée par le jugement de première instance. Pour que ce droit d'appel très général ait un sens, la cour saisie de l'appel devrait pouvoir intervenir pour les mêmes raisons et corri-

common sense and the principle in *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126, which presumes that the conferral of a right is accompanied by the conferral of a remedy. Thus s. 17 of the *Testator's Family Maintenance Act*, by identifying the scope of a party's appeal rights, by implication identifies the scope of the reviewing court's power to intervene.

In contrast, s. 17(2) of the *Divorce Act* sets out the remedial powers of the reviewing court upon hearing an appeal rather than the conditions under which that appeal can be heard in the first place. Those powers are threefold: it may dismiss the appeal, allow the appeal and pronounce judgment that ought to have been pronounced below or allow the appeal and order a new trial. It is the phrasing of the second remedial alternative in terms of pronouncing the judgment "that ought to have been pronounced" which has given rise to the divergence in views. However, I do not think that by itself the reasoning in *Swain v. Dennison* requires the enlarged interpretation of what "ought to have been pronounced" proposed by Farris C.J.B.C. Rather I would agree with Morden J.A. in *Harrington* that the purpose of the enumeration of powers in s. 17(2) is to set out alternative dispositions open to the court in granting or dismissing an appeal in conformity with traditional principles of appellate review. The legislation in *Swain v. Dennison* does not directly address this remedial aspect of the court's jurisdiction.

On the other hand, Laskin C.J.'s remarks in *Nash* offer support for the *Piller* approach which is not in any way dependent on the parallel treatment in *Swain v. Dennison* of the *Testator's Family Maintenance Act*. The substantive issue in *Nash* was whether the Court of Appeal could condition the grant of a decree *nisi* on the provision of adequate security for maintenance payments. In Laskin C.J.'s view neither the trial judge nor the Court of Appeal had jurisdiction to fashion such a remedy. Consequently, he did not have to

ger le préjudice dont on se plaint. C'est ce que dictent à la fois le bon sens et le principe dégagé dans l'arrêt *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126, où l'on présume que l'attribution d'un droit s'accompagne de l'attribution d'un recours. Ainsi, l'art. 17 de la *Testator's Family Maintenance Act*, en délimitant la portée des droits d'appel d'une partie, délimite tacitement l'étendue du pouvoir d'intervention du tribunal d'examen.

Par contre, le par. 17(2) de la *Loi sur le divorce* énonce les pouvoirs de redressement que possède la cour qui procède à un examen par voie d'appel plutôt que les conditions auxquelles cet appel peut être entendu en premier lieu. Ces pouvoirs sont de trois ordres: elle peut rejeter l'appel, faire droit à l'appel et rendre le jugement qui aurait dû être rendu en premier lieu ou faire droit à l'appel et ordonner un nouveau procès. C'est la formulation de la deuxième forme possible de redressement, savoir rendre le jugement «qui aurait dû être rendu», qui a suscité la divergence d'opinions. Toutefois, je ne pense pas qu'en lui-même le raisonnement de l'arrêt *Swain v. Dennison* exige l'interprétation élargie que propose le juge en chef Farris de la Colombie-Britannique, en ce qui concerne le genre de jugement qui «aurait dû être rendu». Je serais plutôt portée à penser, comme l'a fait le juge Morden dans l'arrêt *Harrington*, que l'énumération des pouvoirs au par. 17(2) a pour but d'énoncer les solutions dont dispose la cour quand elle accorde ou rejette un appel, conformément aux principes traditionnels applicables à l'examen par voie d'appel. La loi en cause dans l'arrêt *Swain v. Dennison* ne portait pas directement sur l'aspect redressement de la compétence de la cour.

D'autre part, les remarques du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Nash* étaient le point de vue adopté dans l'arrêt *Piller*, qui ne dépend aucunement du traitement parallèle de la *Testator's Family Maintenance Act* dans l'arrêt *Swain v. Dennison*. La question de fond dans l'affaire *Nash* était de savoir si la Cour d'appel pouvait assujettir un jugement conditionnel à la fourniture d'une garantie suffisante pour assurer les paiements alimentaires. Selon le juge en chef Laskin, ni le juge de première instance ni la Cour d'appel n'avaient

deal with the issue of whether the court was additionally prevented from doing so because of the traditional limits on appellate review. Strictly speaking, therefore, the comments relied upon by the respondent in the present appeal and Farris C.J.B.C. in *Piller* are *obiter*. Nevertheless they are fairly weighty *obiter* and they do indeed suggest that in Laskin C.J.'s view s. 17(2) would have allowed the Court of Appeal to substitute its own discretion for that of the trial judge.

Morden J.A. did not address the impact of Laskin C.J.'s comments in *Nash* other than to state that he did not interpret them as leading to the conclusion that s. 17 of the *Divorce Act* gives the Court of Appeal an independent discretion. He went on to point out at p. 155 that "such an approach has not been followed with respect to other kinds of decisions, such as those relating to the decree *nisi* of the divorce itself and to custody, which are appealable under s. 17".

With regard to this latter point, it appears that even the B.C. Court of Appeal which has, in general, adhered to the *Piller* approach has expressed its doubts with regard to the suitability of that approach where custody is at issue. In *Gazdeczka v. Gazdeczka* (1982), 30 R.F.L. (2d) 428 (B.C.C.A.), the central issue concerned an award of custody made incidentally to proceedings for divorce. In the course of dismissing the appeal from the trial judge's decision, Hinkson J.A. for the court stated (at pp. 430-31):

In *Genest v. Genest* (1970), 3 R.F.L. 97, 73 W.W.R. 81, 11 D.L.R. (3d) 254, this court had occasion to consider an appeal in a custody matter. McFarlane J.A. made reference to the decision in *Bickley v. Bickley*, [1957] S.C.R. 329, 7 D.L.R. (2d) 465, and what was said there by Cartwright J. (as he then was) at p. 333, as follows:

"... in the light of all evidence in the record we find it impossible to say that he (that is, the learned trial

compétence pour concevoir une telle forme de redressement. Par conséquent, il n'avait pas à examiner la question de savoir si la cour était en outre empêchée de le faire à cause des limites traditionnelles imposées à l'examen par voie d'appel. À proprement parler donc, les observations sur lesquelles se sont fondés l'intimé en l'espèce et le juge en chef Farris de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Piller* constituent des opinions incidentes. Néanmoins, il s'agit d'opinions incidentes assez importantes qui, d'ailleurs, laissent penser qu'aux yeux du juge en chef Laskin le par. 17(2) autoriserait la Cour d'appel à substituer son propre pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance.

Le juge Morden n'a pas examiné l'effet que pourraient avoir les observations du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Nash*, si ce n'est pour dire qu'il ne les interprétait pas comme menant à la conclusion que l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* confère à la Cour d'appel un pouvoir discrétionnaire indépendant. Il rappelle, à la p. 155, que [TRADUCTION] «ce point de vue n'a pas été suivi dans des décisions d'un autre genre, comme celles relatives au jugement conditionnel de divorce lui-même et à la garde, qui peuvent faire l'objet d'un appel en vertu de l'art. 17».

Quant à ce dernier point, il appert que même la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a, en général, souscrit au point de vue de l'arrêt *Piller*, a entretenu des doutes sur l'à-propos de cette conception lorsque c'est la garde qui est en cause. Dans l'arrêt *Gazdeczka v. Gazdeczka* (1982), 30 R.F.L. (2d) 428 (C.A.C.-B.), la principale question en litige concernait l'attribution de la garde, faite accessoirement à des procédures de divorce. En rejetant l'appel interjeté contre la décision du juge de première instance, le juge Hinkson de la Cour d'appel affirme (aux pp. 430 et 431):

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Genest v. Genest* (1970), 3 R.F.L. 97, 73 W.W.R. 81, 11 D.L.R. (3d) 254, cette cour avait été saisie d'un appel en matière de garde. Le juge McFarlane s'est référé ainsi à l'arrêt *Bickley v. Bickley*, [1957] R.C.S. 329, 7 D.L.R. (2d) 465, et à ce qui a été dit par le juge Cartwright (plus tard Juge en chef), à la p. 333:

«... compte tenu de tous les éléments de preuve versés au dossier, nous concluons qu'il est impossible

judge) did not make full judicial use of the opportunity given to him, and denied to the appellate Courts, of seeing and hearing the parties; the advantage thus afforded to the trial judge is always great but peculiarly so in a case of this sort where so much depends upon the character of the parents whose claims are in conflict.”

It seems to me that that principle has application in the present case.

Hinkson J.A. went on nevertheless at the urging of counsel to draw his own conclusion in the matter on the basis of *Piller*. However, even on this approach, he found himself in agreement with the trial judge's disposition.

A further erosion of *Piller* seems to have occurred in a recent decision by MacFarlane J.A. in *Posener v. Posener* (1984), 4 D.L.R. (4th) 385 (B.C.C.A.) In *Posener* the parties were divorced in 1973. There was no claim for maintenance in the divorce petition and no provision in that regard in the decree *nisi*. However, the parties had previously arranged their affairs in a separation agreement which provided *inter alia* that the husband pay periodic maintenance to the wife. The amount of maintenance was varied under the *Family Relations Act*, S.B.C. 1972, c. 20, in 1975. The husband complied with the amended terms of maintenance until 1979. In 1981, the wife commenced an action for a judgment in the amount of the arrears. The husband counterclaimed for an order varying the decree *nisi* by incorporating the amended agreement, by making further changes in the amount of periodic maintenance, and by rescinding the arrears. The trial judge granted the order for variation in part. He incorporated the agreement but refused to rescind the arrears. He also refused to vary the amount of periodic maintenance other than by providing a formula by which maintenance could be reduced if the husband's income was reduced. On appeal, MacFarlane J.A. refused to interfere with the trial judge's ruling. Although he does not refer to either the *Piller* or *Harrington* lines of authority, the perception of the limits on appellate review of s. 11(2) orders which emerges from MacFarlane J.A.'s reasons clearly subscribes to the traditional notions put forward

de dire qu'il (c.-à-d. le savant juge de première instance) n'a pas profité pleinement sur le plan judiciaire de l'occasion qui lui était offerte, et qui est refusée aux tribunaux d'appel, de voir et d'entendre les parties; l'avantage dont jouit ainsi le juge de première instance est toujours considérable, mais plus particulièrement dans un cas de ce genre où tant de choses dépendent de la moralité des parents dont les demandes s'opposent.»

Il me semble que ce principe s'applique en l'espèce.

Le juge Hinkson a quand même, à l'invitation pressante des avocats, tiré ses propres conclusions à ce propos en se fondant sur l'arrêt *Piller*. Mais, même là, il s'est trouvé en accord avec le jugement de première instance.

Une autre entorse à l'arrêt *Piller* semble avoir été faite dans l'arrêt récent du juge MacFarlane, *Posener v. Posener* (1984), 4 D.L.R. (4th) 385 (C.A.C-B.) Dans l'affaire *Posener*, les parties avaient divorcé en 1973. Il n'y avait eu aucune demande d'aliments dans la requête en divorce et le jugement conditionnel de divorce ne contenait aucune disposition à cet égard. Toutefois, les parties avaient antérieurement réglé leurs affaires dans une convention de séparation qui stipulait notamment que le mari verserait une pension alimentaire à sa femme. Le montant de la pension avait été modifié en 1975, en vertu de la *Family Relations Act*, S.B.C. 1972, chap. 20. Le mari se conforma aux nouvelles conditions de la pension jusqu'en 1979. En 1981, la femme intenta une action en paiement des arrérages. Le mari a déposé une demande reconventionnelle en vue d'obtenir une ordonnance modifiant le jugement conditionnel en y incorporant la nouvelle convention, en faisant d'autres changements quant au montant de la pension et en éliminant les arrérages. Le juge de première instance a accordé en partie l'ordonnance de modification. Il a incorporé la convention, mais a refusé d'éliminer les arrérages. Il a aussi refusé de modifier le montant de la pension, si ce n'est pour établir une formule de réduction de celle-ci, au cas où les revenus du mari diminueraient. En appel, le juge MacFarlane a refusé de modifier la décision du juge de première instance. Bien qu'il ne mentionne ni le courant de jurisprudence fondé sur l'arrêt *Piller* ni celui fondé

by Morden J.A. in *Harrington*. For example, MacFarlane J.A. states on p. 387:

The finding made by the chambers judge, however, reveals that he was alive to the question whether the balance between the parties had become so distorted that it was unjust. He considered not only the amount by which the wife's income had increased and the husband's had become reduced, but he considered a number of other factors which would have some bearing on his conclusion. It is not for us to retry that issue, the judge having had before him all the necessary and relevant evidence.

MacFarlane J.A.'s adherence to the principle of deference to matters which fall within the special province of the trial judge is stated with even greater clarity in this later passage at p. 388:

Interference would only be justified if this court was clearly of the opinion that the chambers judge had acted on a wrong principle or had wrongly exercised his discretion, or that the decision might result in an injustice. I am not persuaded that the chambers judge acted on any wrong principle and I do not think the circumstances warrant any interference with the discretion exercised by the judge. He considered the relevant law and all of the relevant facts.

MacFarlane J.A. then alludes to the particular reluctance of courts to disturb contractual arrangements between parties and concluded on p. 389:

In this case, having heard argument at great length, it appears that what we are really being asked to do is to substitute our opinion for that of the chambers judge as to the quantum of maintenance. We ought not to do that. The judge considered the proper question, that is, whether there were unusual circumstances requiring alteration of the terms of the separation agreement. He found one unusual circumstance and remedied the defect in the way in which I have indicated. I think that was appropriate. Otherwise, the circumstances are not so compelling that I would interfere further with the terms of the separation agreement. I would dismiss the appeal.

sur l'arrêt *Harrington*, la perception des limites de l'examen par voie d'appel des ordonnances rendues en vertu du par. 11(2), qui émerge des motifs du juge MacFarlane, s'accorde manifestement avec les notions traditionnelles avancées par le juge Morden dans l'arrêt *Harrington*. Par exemple, le juge MacFarlane dit, à la p. 387:

[TRADUCTION] La conclusion du juge en chambre révèle toutefois qu'il était conscient qu'il devait se demander si l'équilibre entre les parties s'était déformé au point de devenir injuste. Il a tenu compte non seulement des montants dont s'étaient accrus les revenus de l'épouse et dont ceux du mari avaient été réduits, mais aussi de plusieurs autres facteurs qui influeraient dans une certaine mesure sur sa conclusion. Il ne nous revient pas de juger à nouveau cette question, le juge ayant été saisi de tous les éléments de preuve pertinents nécessaires.

L'adhésion du juge MacFarlane au principe de la déférence pour les questions qui sont dû ressort particulier du juge de première instance, est affirmée plus clairement encore dans ce dernier passage, à la p. 388:

[TRADUCTION] Une intervention serait justifiée uniquement si la cour était nettement d'avis que le juge en chambre s'est fondé sur un mauvais principe ou qu'il a mal exercé son pouvoir discrétionnaire, ou encore que sa décision pourrait causer une injustice. Je ne suis pas convaincu que le juge en chambre s'est fondé sur un mauvais principe et je ne pense pas que les circonstances justifient une intervention dans cet exercice du pouvoir discrétionnaire du juge. Il a tenu compte du droit applicable et de tous les faits pertinents.

Le juge MacFarlane fait ensuite allusion à la répugnance particulière qu'éprouvent les tribunaux à perturber les arrangements contractuels intervenus entre des parties, pour conclure, à la p. 389:

[TRADUCTION] En l'espèce, après audition d'un débat prolongé, il appert que ce qui nous est réellement demandé de faire c'est de substituer notre opinion à celle du juge en chambre quant au montant des aliments. Nous ne devrions pas le faire. Le juge s'est posé la bonne question, c'est-à-dire celle de savoir s'il y avait des circonstances inhabituelles qui exigeaient la modification des modalités de la convention de séparation. Il a découvert une circonstance inhabituelle à laquelle il a remédié de la manière que j'ai indiquée. Je pense que c'était à bon droit. À part cela, les circonstances ne me paraissent pas exiger une plus grande intervention dans les modalités de la convention de séparation. Je suis d'avis de rejeter l'appel.

Thus to a certain extent, the British Columbia courts have questioned, if not departed from, the idea that s. 17(2) confers a broad unconstrained discretion on appeal courts to decide matters anew. In addition the narrower and more traditional view put forward in *Harrington* appears to have found favour in several other jurisdictions, either by express reference to Morden J.A.'s reasons or simply by an assertion that only material error or a decision that is wrong in principle warrants intervention: see *Schmeiser v. Schmeiser* (1982), 21 Sask. R. 437 (C.A.); *Dwelle v. Dwelle* (1982), 31 R.F.L. (2d) 113 (Alta. C.A.); *MacAllister v. MacAllister* (1984), 39 R.F.L. (2d) 307 (N.B.C.A.), and *Webster v. Webster* (1978), 25 N.S.R. (2d) 33 (C.A.) The Quebec Court of Appeal also seems to prefer the *Harrington* approach although there is disagreement over exactly what this means in terms of its application. (See *Droit de la famille*—182, [1985] C.A. 92.)

In my view, however, the most compelling reason for adhering to the *Harrington* approach lies in the similarity noted by Morden J.A. between the wording of s. 17(2) of the *Divorce Act* and that of s. 30(1) of *The Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228. That section states:

30.—(1) The court upon an appeal may give any judgment that ought to have been pronounced and may make such further or other order as is considered just.

Section 47 of the *Supreme Court Act* which governs appeals to this Court also employs similar wording although there is no direction as to further orders:

47. The Court may dismiss an appeal or give the judgment and award the process or other proceedings that the court, whose decision is appealed against, should have given or awarded.

Furthermore, s. 8 of the *Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, c. C-42, provides an instructive contrast:

8. Upon appeal from, or motion against, the order, decision, verdict or decree of a trial judge, or on the

Ainsi, dans une certaine mesure, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont remis en cause, voire abandonné, l'idée que le par. 17(2) confère aux tribunaux d'appel un pouvoir discrétionnaire large et illimité de statuer à nouveau sur des affaires. En outre, la conception plus étroite et plus traditionnelle avancée dans l'arrêt *Harrington* paraît avoir été accueillie favorablement dans plusieurs autres ressorts, soit par référence expresse aux motifs du juge Morden, soit simplement par l'affirmation que seule une erreur grave ou une décision fondée sur un principe erroné justifie une intervention: voir *Schmeiser v. Schmeiser* (1982), 21 Sask. R. 437 (C.A.), *Dwelle v. Dwelle* (1982), 31 R.F.L. (2d) 113 (C.A. Alb.), *MacAllister v. MacAllister* (1984), 39 R.F.L. (2d) 307 (C.A.N.-B.), et *Webster v. Webster* (1978), 25 N.S.R. (2d) 33 (C.A.) La Cour d'appel du Québec semble aussi préférer le point de vue de l'arrêt *Harrington*, quoique l'on ne s'entende pas exactement sur ce que cela signifie quand il s'agit de l'appliquer. (Voir *Droit de la famille*—182, [1985] C.A. 92.)

À mon avis toutefois, la raison la plus impérieuse d'adopter le point de vue de l'arrêt *Harrington* réside dans la similarité, que souligne le juge Morden, entre le texte du par. 17(2) de la *Loi sur le divorce* et celui du par. 30(1) de *The Judicature Act*, R.S.O. 1970, chap. 228. Ce paragraphe se lit ainsi:

[TRADUCTION] 30.—(1) En cas d'appel, la cour peut rendre tout jugement qui aurait dû être rendu et toute ordonnance supplémentaire ou autre qu'elle estime juste.

L'article 47 de la *Loi sur la Cour suprême* qui régit les pourvois formés devant cette Cour emploie aussi des termes similaires, bien qu'on n'y trouve aucune directive quant à des ordonnances supplémentaires:

47. La Cour peut rejeter un appel, ou elle peut prononcer le jugement et décerner les ordonnances ou autres procédures que la cour dont le jugement est porté en appel aurait dû prononcer ou décerner.

De plus, l'art. 8 de la *Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, chap. C-42, fournit un contraste instructif:

[TRADUCTION] 8. En cas d'appel ou de requête contre l'ordonnance, la décision, le verdict ou le juge-

rehearing of any cause, application or matter, it shall not be obligatory on the court to grant a new trial, or to adopt the view of the evidence taken by the trial judge, but the court shall act upon its own view of what the evidence in its judgment proves, and the court may draw inferences of fact and pronounce the verdict, decision or order that, in its judgment, the judge who tried the case ought to have pronounced.

The clear mandate to “act upon its own view of what the evidence in its judgment proves” and the permission to “draw inferences of fact” would seem to signal a deliberate departure from the principles that are considered in some other jurisdictions to circumscribe appellate powers. Because of the section Gordon J.A. in *Hallberg v. C.N.R.* (1955), 16 W.W.R. 538 concluded at p. 544 that the powers of the Saskatchewan Court of Appeal are “the widest powers given an appellate court in Canada”. In spite of this, however, recent decisions in Saskatchewan seem to have taken a more cautious approach to the powers set out in s. 8. In *Baumgartner Estate v. Ripplinger* (1984), 34 Sask. R. 181, Brownridge J.A. was careful to justify the court’s intervention on established principles before invoking the further authority to be found in s. 8. In *Csada v. Csada* (1984), 35 Sask. R. 301, Bayda C.J.S. drew a distinction between primary and inferential facts, stating that s. 8 only allows findings with regard to the latter to be disturbed on appeal. Finally in *Lensen v. Lensen*, [1984] 6 W.W.R. 673, although Tallis J.A. distinguished the leading authorities on appellate jurisdiction on the basis of s. 8, the question of fact raised at the appeal had not been the subject of a finding by the trial judge.

While the breadth of the Saskatchewan provisions is not at issue in the present appeal, it would seem surprising if equally broad powers were conferred on this Court and on courts of appeal whose enabling legislation uses wording similar to that in the *Divorce Act*. Such a departure from estab-

ment d’un juge de première instance, ou en cas de nouvelle audition de toute cause, demande ou affaire, la cour n’est pas tenue d’ordonner un nouveau procès ni d’adopter l’opinion du juge de première instance quant à la preuve soumise; mais la cour se fonde sur sa propre opinion de ce que la preuve soumise démontre à son avis, et elle peut faire des déductions de fait et rendre le verdict, la décision ou l’ordonnance qu’à son avis le juge saisi de l’affaire aurait dû rendre.

^b Le mandat clair de «se fonde[r] sur sa propre opinion de ce que la preuve soumise démontre à son avis» et l’autorisation de «faire les déductions de fait» sembleraient indiquer qu’on s’écarte délibérément des principes dont on tient compte dans d’autres ressorts pour circonscrire les pouvoirs des juridictions d’appel. À la page 544 de l’arrêt *Hallberg v. C.N.R.* (1955), 16 W.W.R. 538, le juge Gordon conclut, à cause de cet article, que les pouvoirs de la Cour d’appel de la Saskatchewan sont [TRADUCTION] «les pouvoirs les plus larges jamais conférés à une juridiction d’appel au Canada». Malgré cela toutefois, dans certaines décisions récentes rendues en Saskatchewan, on semble avoir abordé de manière plus prudente les pouvoirs énoncés à l’art. 8. Dans l’arrêt *Baumgartner Estate v. Ripplinger* (1984), 34 Sask. R. 181, le juge Brownridge de la Cour d’appel prend soin de justifier l’intervention de la cour en fonction de principes bien établis avant d’invoquer l’autorité supplémentaire de l’art. 8. Dans l’arrêt *Csada v. Csada* (1984), 35 Sask. R. 301, le juge en chef Bayda de la Saskatchewan fait la distinction entre la simple constatation de fait et les déductions de fait, en disant que l’art. 8 n’autorise l’intervention de la Cour d’appel que dans le cas de ces dernières. Enfin, dans l’arrêt *Lensen v. Lensen*, [1984] 6 W.W.R. 673, le juge Tallis de la Cour d’appel a établi une distinction entre les divers arrêts de principe relatifs à la compétence d’appel fondée sur l’art. 8, mais la question de fait soulevée dans cet appel n’avait pas fait l’objet d’une conclusion du juge de première instance.

Bien que la portée des dispositions en vigueur en Saskatchewan ne soit pas en cause en l’espèce, il serait surprenant que des pouvoirs aussi larges aient été conférés à cette Cour ainsi qu’aux cours d’appel dont la loi habilitante utilise des termes semblables à ceux de la *Loi sur le divorce*. Pour

lished principles would seem to require clearer language than the legislative direction to pronounce the judgment that “ought” or “should” have been pronounced and to give such further orders as are “deemed” and “considered” just. Indeed, it seems implicit in such language that the judgment which was pronounced below should not have been pronounced, i.e., that it contained some vitiating element that led to an injustice which must be corrected on appeal. In summary, I agree with Morden J.A.’s delineation of appellate powers in the following passage from his reasons in *Har- rington* at p. 154:

As far as the applicable standard of appellate review is concerned I am of the view that we should not interfere with the trial Judge’s decision unless we are persuaded that his reasons disclose material error, and this would include a significant misapprehension of the evidence, of course, and to use familiar language, the trial Judge’s having “gone wrong in principle or (his) final award (being) otherwise clearly wrong”: *Attwood v. Attwood*, [1968] P. 591 at 596. In other words, in the absence of material error, I do not think that this Court has an “independent discretion” to decide afresh the question of maintenance and I say this with due respect for decisions to the contrary: see, e.g., *Piller v. Piller* (1975), 54 D.L.R. (3d) 150, [1975] 4 W.W.R. 342, 17 R.F.L. 252 (B.C.C.A.), and *Carmichael v. Carmichael* (1976), 69 D.L.R. (3d) 297, 27 R.F.L. 325 (B.C.C.A.)

B. *The Jurisdiction of this Court*

The second jurisdictional question involves the basis on which appeals may be heard by this Court. The respondent makes the same argument with regard to this Court’s reviewing power that the appellant has made with regard to the British Columbia Court of Appeal’s power to overturn the trial judge. The respondent contends that s. 18 of the *Divorce Act* which gives this Court a limited jurisdiction to hear appeals on questions of law cannot be broadened by s. 41(1) of the *Supreme Court Act* which allows the Court to hear questions of “public importance”. The respondent cites *Massicotte v. Boutin*, [1969] S.C.R. 818, and

s’écarter autant des principes établis, il faudrait, semble-t-il, des termes plus clairs qu’une directive législative de rendre le jugement qui «aurait dû» ou «devrait» être rendu et de rendre toute ordonnance supplémentaire qu’on «estime» ou «considère» juste. En fait, il semble implicite dans ces termes mêmes que le jugement prononcé en cour d’instance inférieure n’aurait pas dû l’être, c.-à-d. qu’il contient un vice quelconque qui est à la source d’une injustice à laquelle on doit remédier en appel. En résumé, je suis d’accord avec la délimitation des pouvoirs d’appel que fait le juge Morden dans le passage suivant de ses motifs, dans l’arrêt *Har- rington*, à la p. 154:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la norme applicable à l’examen par voie d’appel, je suis d’avis que nous ne devrions pas intervenir dans une décision du juge de première instance à moins d’être persuadés que ses motifs recèlent une erreur grave, ce qui inclurait une méprise sérieuse dans l’appréciation de la preuve soumise, bien entendu, et, pour reprendre une expression bien connue, le cas où le juge de première instance a «commis une erreur de principe ou (si son) jugement définitif (est) par ailleurs manifestement erroné»: *Attwood v. Attwood*, [1968] P. 591, à la p. 596. En d’autres termes, en l’absence d’erreur grave, je ne pense pas que la cour jouisse du «pouvoir discrétionnaire indépendant» de se prononcer à nouveau sur la question des aliments, et ce, malgré tout le respect que j’ai pour les décisions contraires: voir, par ex., *Piller v. Piller* (1975), 54 D.L.R. (3d) 150, [1975] 4 W.W.R. 342, 17 R.F.L. 252 (C.A.C.-B.), et *Carmichael v. Carmichael* (1976), 69 D.L.R. (3d) 297, 27 R.F.L. 325 (C.A.C.-B.)

g B. *La compétence de cette Cour*

Le second moyen déclinatoire porte sur le fondement d’un pourvoi en cette Cour. L’intimé invoque, au sujet du pouvoir de la Cour en matière d’examen, le même argument que l’appelante a avancé quant au pouvoir de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique de renverser la décision du juge de première instance. L’intimé soutient que l’art. 18 de la *Loi sur le divorce*, qui confère à cette Cour une compétence limitée d’entendre des pourvois formés relativement à des questions de droit, ne saurait être élargi par le par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, qui autorise la Cour à statuer sur des questions qui ont une «importance [...] pour le public». L’intimé s’appuie à cet égard sur les arrêts *Massicotte v. Boutin*, [1969]

Carnochan v. Carnochan, [1955] S.C.R. 669, in support.

Again the implication is that the court below, in this instance the Court of Appeal, acted within its discretion and therefore no question of law arose. The short answer, once more, is in my opinion that the articulation of the criteria according to which judicial discretion must be exercised involves legal principles. The appeal therefore comes within s. 18. This is consistent with the jurisprudence cited by the respondent.

The respondent submits that in *Massicotte v. Boutin* this Court held that s. 18 of the *Divorce Act* rather than s. 41(1) of the *Supreme Court Act* provides the enabling jurisdiction for this Court. However, in that case the governing principle was enunciated by Fauteux J. (as he then was) as follows at p. 821:

[TRANSLATION] When faced with two acts of Parliament, one of which, generally, is intended to deal with the establishment of the Supreme Court and the appellate jurisdiction possessed by it, and the other one of which, specifically, is intended to deal with divorce, and does, in fact, deal with the subject exhaustively, we must, in my view, apply the principle which states that the provisions of the specific statute, in cases where they cannot be reconciled with those of the general statute, must take priority over those of the general statute.

Thus the gist of *Massicotte* is that where s. 18 of the *Divorce Act* and s. 41(1) of the *Supreme Court Act* conflict, the provisions of the more specialized *Divorce Act* prevail. Presumably then, where there is no conflict, both statutes may serve as a basis for jurisdiction. Indeed, leave to appeal in the companion cases to the present case, *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, and *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892, was granted under s. 41(1) of the *Supreme Court Act*.

The respondent also argues that this Court's decision in *Carnochan* established that a s. 11 order is by definition an exercise of judicial discretion. Since s. 44 of the *Supreme Court Act* in general precludes this Court from reviewing discretionary decisions, appeals of s. 11(2) orders must inevitably fail at this level. However, no such

R.C.S. 818, et *Carnochan v. Carnochan*, [1955] R.C.S. 669.

De nouveau ce qui est sous-entendu, c'est que la cour d'instance inférieure, en l'occurrence la Cour d'appel, a agi dans les limites de son pouvoir discrétionnaire et que, par conséquent, aucune question de droit ne se pose. Tout simplement encore une fois, je suis d'avis que l'énoncé des critères applicables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge fait intervenir des principes juridiques. Le pourvoi relève donc de l'art. 18. Cela est conforme à la jurisprudence citée par l'intimé.

L'intimé soutient que, dans l'arrêt *Massicotte v. Boutin*, cette Cour a jugé que l'art. 18 de la *Loi sur le divorce*, et non le par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, lui conférerait compétence. Mais, dans cette affaire, le juge Fauteux (alors juge puîné) énonce ainsi le principe applicable, à la p. 821:

En présence de deux lois du Parlement, dont l'une, générale, a pour objet l'établissement de la Cour suprême et la définition de la juridiction d'appel de cette Cour et l'autre, spéciale, a exclusivement pour objet le divorce et épuise, sur le sujet, la matière de la loi, nous devons, à mon avis, appliquer le principe voulant que les dispositions de la loi spéciale, dans le cas où elles sont inconciliables avec celles de la loi générale, prennent celles de la loi générale.

Ainsi, en substance, l'arrêt *Massicotte* porte que, lorsque l'art. 18 de la *Loi sur le divorce* et le par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* entrent en conflit, les dispositions de la *Loi sur le divorce*, plus spécialisée, prévalent. Présument donc, lorsqu'il n'y a pas conflit, les deux lois peuvent conférer compétence. D'ailleurs, l'autorisation de pourvoi dans les affaires connexes, *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, et *Caron v. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892, a été accordée en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

L'intimé prétend aussi que l'arrêt *Carnochan* de cette Cour a établi qu'une ordonnance fondée sur l'art. 11 est, par définition, un exercice de pouvoir discrétionnaire judiciaire. Comme l'art. 44 de la *Loi sur la Cour suprême* interdit généralement à cette Cour de réviser les décisions rendues dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, les pourvois

hard and fast proposition emerges from *Carnochan*. The decision turned on s. 12(1) of *The Married Women's Property Act*, R.S.O. 1950, c. 233, which uses some of the same language as s. 11(2) of the *Divorce Act*, namely that "the judge may make such order with respect to the property in dispute . . . as he thinks fit . . ." Cartwright J. (as he then was) for the Court granted the motion to quash the leave application on the basis that the trial judge acted within his discretion and that therefore s. 44 of the *Supreme Court Act*, which is the same as the current provision, precluded a further appeal. However, Cartwright J. stated in the course of his reasons at p. 673 that "There may well be cases falling within s. 12 of *The Married Women's Property Act* in which an appeal lies to this Court". He gave as an example the case of a dispute as to title where the judge fails to decide the matter in accordance with the applicable principles of law. In my view, any situation in which the court below errs in formulating the principles upon which it exercises its discretion gives rise to a question of law. In addition, the discretion in s. 11(2) of the *Divorce Act* is a much more structured one than the discretion in s. 12(1) of *The Married Women's Property Act* since it is to be exercised "having regard to the conduct of the parties since the making of the order or any change in the condition, means, or other circumstances of either of them". Indeed, part of the task before this Court is to identify the legal content to be given to "change in the condition, means, or other circumstances . . ."

V. Preliminary Observations

The central issue in this case concerns the effect of a valid and enforceable antecedent settlement agreement on the court's discretionary power under s. 11(2) to vary maintenance orders. Some preliminary observations might be helpful.

contre les ordonnances fondées sur le par. 11(2) doivent inévitablement être rejetés dès ce stade. Toutefois, aucune proposition aussi stricte ne se dégage de l'arrêt *Carnochan*. L'arrêt reposait sur le par. 12(1) de la *Married Women's Property Act*, R.S.O. 1950, chap. 233, qui reprend certains termes du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, savoir que [TRADUCTION] «le juge peut rendre toute ordonnance concernant les biens en litige [...] qu'il estime appropriée. . .» Le juge Cartwright (alors juge puîné) a fait droit, au nom de la Cour, à la requête en cassation de la demande d'autorisation pour le motif que le juge de première instance avait agi dans les limites de son pouvoir discrétionnaire et que, par conséquent, l'art. 44 de la *Loi sur la Cour suprême*, identique à la disposition actuelle, interdisait tout autre pourvoi. Toutefois, le juge Cartwright affirme dans ses motifs, à la p. 673, que [TRADUCTION] «Il peut bien y avoir des cas relevant de l'art. 12 de la *Married Women's Property Act* où l'on peut se pourvoir devant cette Cour». Il cite comme exemple le cas d'un litige portant sur un droit de propriété où le juge ne statue pas sur l'affaire conformément aux principes de droit applicables. À mon avis, tous les cas où le tribunal d'instance inférieure commet une erreur dans sa formulation des principes sur lesquels il se fonde pour exercer son pouvoir discrétionnaire soulèvent une question de droit. En outre, le pouvoir discrétionnaire prévu au par. 11(2) de la *Loi sur le divorce* est beaucoup plus structuré que celui prévu au par. 12(1) de la *Married Women's Property Act*, puisqu'il doit être exercé «compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent». En réalité, cela fait partie de la tâche de la Cour de cerner le contenu juridique à donner à ce «changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances. . .»

i V. Observations préliminaires

Le noeud du litige en l'espèce porte sur l'effet qu'a une convention antérieure valide et exécutoire sur le pouvoir discrétionnaire que le par. 11(2) confère au tribunal de modifier les ordonnances alimentaires. Certaines observations préliminaires pourraient être utiles.

The first observation concerns the principle that a maintenance agreement can never totally extinguish the jurisdiction of the court to impose its own terms on the parties. This principle derives from the House of Lords' decision in *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601. In that case, Lord Hailsham L.C. stated at p. 614:

However this may be, it is sufficient for the decision of the present case to hold, as I do, that the power of the Court to make provision for a wife on the dissolution of her marriage is a necessary incident of the power to decree such a dissolution, conferred not merely in the interests of the wife, but of the public, and that the wife cannot by her own covenant preclude herself from invoking the jurisdiction of the Court or preclude the Court from the exercise of that jurisdiction.

The view that a freely negotiated and informed waiver of legal rights cannot oust the jurisdiction of the court is supported by the language of s. 11(2) and by the case law. Although the recent decision of this Court in *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401, did not involve a maintenance agreement, the *Hyman* principle underlies the view expressed by Chouinard J., speaking for the majority of the Court, that s. 11(1) orders can never be truly final. Chouinard J. described the implications of the scheme in s. 11 in the following passage at pp. 411-12:

In the case at bar the issue turned exclusively on s. 11 of the *Divorce Act*. Subsection (2) of that section is concerned with four factors:

- (a) the conduct of the parties;
- (b) their respective conditions;
- (c) their means;
- (d) the other circumstances of either of them.

Section 11(2) states that an order may be varied from time to time or rescinded in light of the foregoing factors, which the Court must weigh against each other. In my opinion what is significant about this subsection is that an order is never final. It may be varied from time to time or rescinded if the Court thinks it fit and just to do so, taking these factors into consideration.

Comme première observation, il y a le principe qu'une convention alimentaire ne peut jamais totalement supprimer la compétence du tribunal d'imposer ses propres conditions aux parties. Ce principe découle de l'arrêt de la Chambre des lords *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601. Dans cet arrêt, le lord chancelier Hailsham dit, à la p. 614:

[TRADUCTION] Quoi qu'il en soit, il suffit pour les fins de l'espèce de conclure, comme je le fais, que le pouvoir du tribunal de prescrire une pension alimentaire au profit de la femme au moment de la dissolution de son mariage est nécessairement accessoire au pouvoir de décréter cette dissolution, qui lui est conféré non seulement dans l'intérêt de la femme, mais aussi dans celui du public, et que la femme ne saurait d'elle-même, par convention, s'interdire d'invoquer la compétence du tribunal ni interdire au tribunal d'exercer cette compétence.

L'opinion selon laquelle la renonciation éclairée et négociée librement à des droits conférés par la loi ne saurait rendre le tribunal incompetent est étayée par le texte même du par. 11(2) et aussi par la jurisprudence. Quoique l'arrêt récent de cette Cour *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401, ne mettait pas en cause une convention alimentaire, le principe de l'arrêt *Hyman* sous-tend le point de vue exprimé par le juge Chouinard, au nom de la Cour à la majorité, que les ordonnances rendues en vertu du par. 11(1) ne peuvent jamais être vraiment définitives. Le juge Chouinard expose l'incidence du régime de l'art. 11 dans le passage suivant, aux pp. 411 et 412:

En l'espèce le débat a porté exclusivement sur l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*. Le paragraphe (2) de cet article met en jeu quatre facteurs:

- a) la conduite des parties;
- b) leur état respectif;
- c) leurs facultés;
- d) les autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent.

Le paragraphe 11(2) porte qu'une ordonnance peut être modifiée à l'occasion (*from time to time*) ou révoquée en tenant compte des facteurs ci-dessus que le tribunal doit peser l'un en regard de l'autre. Ce qui caractérise ce paragraphe c'est, à mon avis, qu'une ordonnance n'est jamais définitive. Elle peut être modifiée à l'occasion (*from time to time*) ou révoquée si le tribunal l'estime juste et approprié compte tenu de ces facteurs.

Hyman and *Messier* settle the narrow issue of the court's jurisdiction to intervene. However, they do not answer the broader question of when it is fit and just to exercise that jurisdiction having regard to the enumerated factors. Accordingly, the second observation I would make concerns the change in emphasis which has occurred since the enactment of the current legislation in 1968. The jurisprudence discloses a distinct movement away from the concept of moral blameworthiness or "fault" and towards a search for what is fair and reasonable having regard to all the circumstances of the parties including their means and needs.

Prior to 1968, the granting of a decree of divorce under the various legislative schemes operative throughout Canada was linked to the commission of a matrimonial offence. The 1968 Act consolidated several regimes into a single code and by and large preserved the concept of matrimonial fault as the measure of relief. However, it also introduced in s. 4 the criterion of permanent marriage breakdown as an alternative basis of relief. MacKeigan C.J. summarized the shift in attitude signalled by the new legislation in *Connelly v. Connelly* (1974), 47 D.L.R. (3d) 535 (N.S.C.A.), at p. 539:

I respectfully agree with this implied recognition that the Canadian *Divorce Act* of 1968, 1967-68 (Can.), c. 24, by making marriage breakdown the primary practical basis for divorce, has removed "blame" as a determining factor in maintenance. No longer is it necessary, if it ever was necessary, which may be doubted, to balance and assess relative degrees of "guilt". Certainly there is now no basis in the Act for applying a moralistic appraisal process to breakdown cases in general.

The judicial response however has by no means been uniform and, indeed, it would seem that the legislative direction in s. 11 to have regard to the "conduct of the parties" is inconsistent with the clear departure from culpability and punishment in s. 3. As Her Honour Judge Rosalie Abella has pointed out in *Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support* (1981), 4 F.L.R. 1, the introduction of the concept of marriage breakdown as a basis for divorce has made the court focus on the

Les arrêts *Hyman* et *Messier* règlent la question limitée de la compétence d'intervention du tribunal. Cependant, ils ne répondent pas à la question plus générale de savoir dans quels cas il est juste et approprié d'exercer cette compétence, compte tenu des facteurs énumérés. Par conséquent, ma seconde observation porte sur le nouvel accent mis depuis l'adoption de la loi actuelle en 1968. La jurisprudence révèle qu'on s'écarte nettement de la notion de la responsabilité morale ou de la «faute», pour passer à la recherche de ce qui est juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances dans lesquelles se trouvent les parties, y compris leurs facultés et leurs besoins.

Avant 1968, le jugement de divorce accordé en vertu des divers régimes législatifs en vigueur au Canada, était lié à la perpétration d'un délit conjugal. La loi de 1968 a fusionné plusieurs régimes en un seul code et, généralement parlant, a conservé la notion de la faute conjugale comme mesure de redressement. Mais elle a aussi introduit, à son art. 4, le critère de la rupture définitive du mariage comme autre motif de redressement. Le juge en chef MacKeigan résume ce changement d'attitude qu'indique la nouvelle législation, dans l'arrêt *Connelly v. Connelly* (1974), 47 D.L.R. (3d) 535 (C.A.N.-É.), à la p. 539:

[TRADUCTION] Avec égards, je souscris à cette reconnaissance tacite que, au Canada, la *Loi sur le divorce* de 1968, 1967-68 (Can.), chap. 24, en faisant de la rupture du mariage le motif premier du divorce en pratique, a supprimé la notion de «blâme» comme facteur déterminant en matière d'aliments. Il n'est plus nécessaire, si jamais ce fut déjà le cas, ce dont on peut douter, de soupeser et d'évaluer les degrés relatifs de «culpabilité». Certainement, il n'y a rien maintenant dans la Loi qui justifie de procéder à une évaluation moraliste des cas de rupture matrimoniale en général.

Toutefois, la réaction des juges a été loin d'être uniforme et, en fait, il semblerait que la directive législative, à l'art. 11, de tenir compte de «la conduite des parties» soit incompatible avec l'abandon manifeste des notions de culpabilité et de punition de l'art. 3. Comme le juge Rosalie Abella le souligne dans *Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support* (1981), 4 F.L.R. 1, l'introduction de la notion de rupture du mariage comme motif de divorce a amené le tribunal à

financial relationship of the parties during the marriage as being more relevant in determining what is a fit and just disposition of their assets than an apportionment of blame. She explains the trend at p. 6 in terms of the privacy rights of spouses:

Government really has no business assessing the moral quality of a marriage relationship to decide what economic consequences should flow from the marital behavior. The conduct should be relevant only insofar as it reveals a history of financial interaction which will likely predetermine monetary needs and capacities when the relationship ends.

Bayda J. (as he then was) expresses the same sentiment in *Piasta v. Piasta* (1974), 15 R.F.L. 137 (Sask. Q.B.), at p. 139:

I do not propose to dissect each petty squabble (and there were many) recounted in evidence and with respect to each squabble identify the victim and the victimizer, for I do not intend to penalize either one party or the other for supposed misbehaviour in the course of their unhappy married life. The circumstances here disclose matters, more material and important, that have to be looked at and examined if I am to make a "fit and just" order under s. 11 of the Divorce Act. It should be realized that whereas in times past when considering matters of maintenance great emphasis was placed upon the conduct of the parties, now a new order of priorities has been established and conduct does not occupy the position of prominence it once did. And I have no hesitation in saying that in the case now before me, a better use of the Court's time and counsel's would have been to concentrate on what really matters, the financial position of the family.

While the shift in focus away from moral blameworthiness is salutary, it renders the calculation of what is "fit and just" under s. 11 much more difficult and complex. The courts are required to analyze the pattern of financial interdependence generated by each particular relationship and devise a support order that minimizes as far as possible the economic consequences of the relationship's breakdown. In this sense, each case

considérer d'abord et avant tout les rapports financiers établis entre les parties au cours du mariage comme étant plus pertinents, que l'attribution du blâme, pour déterminer ce qui constitue un partage juste et approprié de leurs biens. Elle explique la tendance, à la p. 6, en termes de droits à la vie privée des conjoints:

[TRADUCTION] Il n'appartient vraiment pas au gouvernement d'apprécier la moralité des rapports conjugaux pour décider quelles conséquences économiques devraient découler du comportement des conjoints. La conduite des parties ne devrait être pertinente que dans la mesure où elle révèle un passé d'interactions financières qui prédétermineront vraisemblablement les besoins et les capacités monétaires lorsqu'un terme sera mis à ces rapports.

Le juge Bayda (plus tard juge en chef de la Saskatchewan) exprime le même sentiment dans l'arrêt *Piasta v. Piasta* (1974), 15 R.F.L. 137 (B.R. Sask.), à la p. 139:

[TRADUCTION] Je ne vais pas disséquer chaque petite chamaillerie (il y en a eu beaucoup) rapportée en preuve, pour rechercher dans chaque cas qui en est victime ou responsable, car je n'ai l'intention de pénaliser ni l'une ni l'autre des parties pour leur comportement prétendument fautif au cours de leur vie conjugale malheureuse. Les circonstances de l'espèce indiquent qu'il y a des choses plus graves et plus importantes à considérer et à étudier si je veux rendre une ordonnance «juste et appropriée» au sens de l'art. 11 de la Loi sur le divorce. Il faudrait réaliser que, tandis que par le passé le juge accordait une grande importance à la conduite des parties lorsqu'il examinait la question des aliments, aujourd'hui un nouvel ordre de priorités a été établi et la conduite des parties ne revêt plus l'importance qu'elle avait autrefois. C'est sans la moindre hésitation que je dis que, dans l'affaire dont je suis saisi, on aurait fait un meilleur usage du temps dont dispose le tribunal si les avocats s'étaient intéressés à ce qui importe réellement, la situation financière de la famille.

Certes, il est salutaire de s'intéresser moins à la responsabilité morale des parties, mais cela rend le calcul de ce qui est «juste et approprié» au sens de l'art. 11 beaucoup plus difficile et complexe. Les tribunaux sont obligés d'analyser le type d'interdépendance financière qui s'établit dans chaque ménage en particulier et de concevoir une ordonnance alimentaire qui minimise autant que possible les conséquences économiques de la rupture du

is *sui generis* as declared by this Court in *Messier*. However, the order made must meet a uniform standard of fairness and reasonableness. As Monnin J.A. (as he then was) stated in *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412 (Man. C.A.), "fairness is the essential consideration". He then went on to dismiss the applicant's request for increased maintenance because in his view she could "reasonably live" on the current amount of periodic support and had failed to demonstrate "meritorious need". The Law Reform Commission of Canada in *Family Law* (1976) suggests at pp. 42-43 that "reasonable needs" should be assessed upon a weighing of the following factors:

- (a) the division of function in the marriage;
- (b) the express or tacit understanding of the spouses that one will make financial provision for the other;
- (c) custodial arrangements made with respect to the children of the marriage at the time of dissolution;
- (d) the physical or mental disability of either spouse that affects his or her ability to provide for himself or herself; or
- (e) the inability of a spouse to obtain gainful employment.

The Commission goes on to suggest that "A right to financial provision should continue for so long as the reasonable needs exist, and no longer; financial provision may be temporary or permanent".

The change in focus from apportionment of blame to an assessment of what is reasonable based on the needs and means of the parties applies both to orders made under s. 11(1) as in *Connelly* and variation orders made under s. 11(2) as in *Katz*. In the latter context the added criterion of change can thus be viewed in terms of changes in circumstance which make the original order no longer fair and reasonable.

ménage. En ce sens, chaque cas est *sui generis* comme cette Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Messier*. Cependant, l'ordonnance rendue doit être conforme à une norme uniforme d'équité et de caractère raisonnable. Comme le juge Monnin (plus tard juge en chef du Manitoba) le dit dans l'arrêt *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412 (C.A. Man.), [TRADUCTION] «l'équité est l'élément essentiel». Il a alors rejeté la demande de la requérante visant à obtenir une hausse de sa pension alimentaire, pour le motif qu'à son avis la pension alimentaire qu'elle touchait alors lui permettait de [TRADUCTION] «vivre raisonnablement» et qu'elle n'avait pas démontré l'existence d'un «besoin valable». La Commission de réforme du droit du Canada, dans son rapport intitulé *Le droit de la famille* (1976), affirme, aux pp. 45 et 46, que «les besoins raisonnables» devraient être évalués en fonction des facteurs suivants:

- a) la répartition des rôles au cours du mariage;
- b) l'accord exprès ou tacite par lequel l'un des époux s'engage à assurer le soutien de l'autre;
- c) les accords intervenus quant à la garde des enfants du mariage au moment de la dissolution;
- d) l'incapacité physique ou mentale de l'un des époux affectant sa capacité de subvenir à ses propres besoins; ou
- e) l'incapacité pour l'un des époux d'obtenir un emploi rémunéré.

La Commission propose ensuite que «Un droit au soutien devrait se prolonger aussi longtemps que les besoins raisonnables existent, sans toutefois leur survivre; le soutien peut être temporaire ou permanent».

Le changement qui consiste à s'intéresser non plus à l'attribution du blâme, mais à l'évaluation de ce qui est raisonnable d'après les besoins et les facultés des parties, s'applique tant aux ordonnances rendues en vertu du par. 11(1), comme dans l'arrêt *Connelly*, qu'aux ordonnances de modification fondées sur le par. 11(2), comme dans l'arrêt *Katz*. Dans ce dernier cas, ce critère supplémentaire qu'est le changement peut donc être perçu comme un changement de circonstances qui fait que l'ordonnance initiale n'est plus juste et raisonnable.

The third and final observation I want to make concerns the significance under s. 11 of the fact that the parties have themselves agreed on the issue of maintenance. It is clear from the case law that this has to be an important factor in the court's consideration under either subs. (1) or (2). It is clear also that it has a significant impact on the degree or nature of the change in circumstances required to trigger the s. 11(2) discretion. Unfortunately, the extent of this impact has eluded definition. Blair J.A. in *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113 (Ont. C.A.), summarizes at p. 131 the various attempts to do so:

Canadian courts have recognized, when making or varying maintenance orders pursuant to s. 11 of the Divorce Act, that a pre-existing agreement cannot be "lightly disregarded", as Morden J.A. said in *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150 at 154, 22 R.F.L. (2d) 40 at 45, 123 D.L.R. (3d) 689 (C.A.). A more rigorous test applies to the change of circumstances justifying a departure from the terms of an agreement, upon which a divorce decree is based, than applies to ordinary applications for variation under s. 11(2). A variety of words, phrases and epithets have been used to describe this higher standard including a "very significant change (of) circumstances" in *Bjornson v. Bjornson* (1970), 2 R.F.L. 414 at 415 (B.C.C.A.), Davey C.J.B.C.; a "gross" change in *Ditullio v. Ditullio* (1974), 3 O.R. (2d) 519, 16 R.F.L. 148 at 151, 46 D.L.R. (3d) 66 (H.C.), DuPont L.J.S.C.; an "unexpected change . . . quite outside the realization of expectations" in *Burns v. Burns*, [1963] 2 O.R. 142 at 146, 38 D.L.R. (2d) 572 (H.C.), Gale J.; and "not only some change in circumstances but conditions which arouse the conscience of the court, and call for action" in *Poste v. Poste*, [1973] 2 O.R. 674 at 676, 11 R.F.L. 264, 35 D.L.R. (3d) 71 (H.C.) Wright J.

The inevitable imprecision of such a standard has created great uncertainty and lies at the heart of the divergence of views expressed by the parties and by the courts below in the present appeal. An examination of the case law reveals that the spec-

La troisième et dernière observation que je tiens à faire concerne l'importance qu'il faut attacher, en vertu de l'art. 11, au fait que les parties ont elles-mêmes donné leur accord sur la question des aliments. La jurisprudence dit clairement qu'il doit s'agir là d'un facteur important dont le tribunal doit tenir compte en procédant à un examen fondé sur le par. (1) ou le par. (2). Il est clair aussi que cela a un effet important sur le degré ou la nature du changement de circonstances requis pour pouvoir exercer le pouvoir discrétionnaire accordé par le par. 11(2). Malheureusement, l'étendue de cet effet a échappé à toute définition. Le juge Blair de la Cour d'appel, dans l'arrêt *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113 (C.A. Ont.), résume, à la p. 131, les diverses tentatives faites en ce sens:

[TRADUCTION] Les tribunaux canadiens ont reconnu, en rendant ou en modifiant des ordonnances alimentaires conformément à l'art. 11 de la Loi sur le divorce, qu'une convention préexistante ne pouvait être «écartée à la légère», comme le juge Morden l'a dit dans l'arrêt *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150, à la p. 154, 22 R.F.L. (2d) 40, à la p. 45, 123 D.L.R. (3d) 689 (C.A.) Un critère plus strict s'applique dans le cas d'un changement de circonstances qui justifie de s'écarter des modalités d'une convention sur laquelle se fonde un jugement de divorce, que dans le cas des demandes de modification habituelles fondées sur le par. 11(2). On a eu recours à divers termes, expressions et épithètes pour décrire cette norme supérieure, notamment: un «changement (de) circonstances très important» dans l'arrêt *Bjornson v. Bjornson* (1970), 2 R.F.L. 414, à la p. 415 (C.A.C.-B.), le juge en chef Davey; un changement «radical» dans l'arrêt *Ditullio v. Ditullio* (1974), 3 O.R. (2d) 519, 16 R.F.L. 148, à la p. 151, 46 D.L.R. (3d) 66 (H.C.), le juge local DuPont de la Cour suprême; un «changement imprévu . . . fort différent de ce à quoi on s'attendait» dans l'arrêt *Burns v. Burns*, [1963] 2 O.R. 142, à la p. 146, 38 D.L.R. (2d) 572 (H.C.), le juge Gale; et «non seulement un changement quelconque de circonstances, mais encore des conditions qui heurtent la conscience du tribunal et exigent qu'il agisse», dans l'arrêt *Poste v. Poste*, [1973] 2 O.R. 674, à la p. 676, 11 R.F.L. 264, 35 D.L.R. (3d) 71 (H.C.), le juge Wright.

L'imprécision inévitable d'une telle norme est à la source d'une grande incertitude et elle est au cœur de la divergence des opinions exprimées par les parties et par les tribunaux d'instance inférieure en l'espèce. L'examen de la jurisprudence

trum of opinion ranges from an extremely restrictive approach, which would allow intervention only where children are at risk or where the agreement is unconscionable, to a very broad approach which gives the parties' agreement very little weight and affirms the position of the court as the arbiter of what is fair and reasonable.

These preliminary observations may be summed up as follows:

1) It is a well established principle that the court's supervisory jurisdiction over maintenance cannot be extinguished by contract.

2) The general trend of the case law in fashioning maintenance orders has been to move away from "fault" and achieve an arrangement that is fair and reasonable in light of all the circumstances of the parties including their means and needs.

3) While it is generally accepted that the existence of an antecedent settlement agreement made by the parties is an important fact, there is a wide range of views as to how this affects the legal principles governing the exercise of the discretion conferred in s. 11.

VI. Alternative Views

Lambert J.A.'s decision in the Court of Appeal reflects the view that an antecedent settlement agreement effectively restricts the power of the court under s. 11 of the *Divorce Act*. The clearest expression of this view is to be found in the judgment of the Ontario Court of Appeal in *Farquar v. Farquar*, *supra*, in which Zuber J.A. held that the courts should overturn a valid and enforceable maintenance agreement only in "a narrow range of cases".

A very different and arguably more paternalistic philosophy is manifest in judgments of the Manitoba Court of Appeal such as *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50 which minimize the importance of freedom of contract and impose on the parties a judicial standard of reasonableness notwithstanding their agreement to the contrary.

révèle que ces opinions varient d'une conception extrêmement restrictive, qui n'autoriserait l'intervention que si les enfants sont en péril ou si la convention est lésionnaire, à une conception très large, qui n'accorde à la convention des parties que fort peu de poids et confirme que le tribunal fait office d'arbitre de ce qui est juste et raisonnable.

Ces observations préliminaires peuvent être résumées ainsi:

1) C'est un principe bien établi que la compétence du tribunal en matière de surveillance du paiement des aliments ne saurait être supprimée par contrat.

2) La tendance générale de la jurisprudence, quand elle façonne des ordonnances alimentaires, a été de s'écarter de la notion de «faute» pour tenter d'arriver à un arrangement juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances dans lesquelles se trouvent les parties, y compris leurs facultés et leurs besoins.

3) S'il est généralement accepté que l'existence d'une convention antérieure conclue par les parties constitue un fait important, il existe une grande variété d'opinions sur l'effet qu'elle a sur les principes juridiques qui régissent l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 11.

VI. Autres conceptions

L'arrêt du juge Lambert de la Cour d'appel reflète l'opinion voulant qu'une convention antérieure restreigne effectivement le pouvoir que confère au tribunal l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*. On trouve l'expression la plus claire de ce point de vue dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Farquar v. Farquar*, précité, où le juge Zuber conclut que les tribunaux ne devraient écarter une convention alimentaire valide et exécutoire que dans «une catégorie de cas limitée».

Une philosophie fort différente et, certes, plus paternaliste se manifeste dans les arrêts de la Cour d'appel du Manitoba, tel l'arrêt *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50, qui minimise l'importance de la liberté contractuelle et impose aux parties la norme judiciaire du caractère raisonnable, malgré leur convention contraire.

A third "compromise" view emerges from *Webb* where Blair J.A. suggests that the change in circumstances which triggers the court's discretionary power in s. 11(2) must be a "gross" or "catastrophic" change.

Finally, a fourth possibility is suggested by recurrent references in the case-law to specific categories of change as a justification for judicial intervention rather than simply change of a certain magnitude.

A. The "Private Choice" Approach

In *Farquar* the respondent wife expressly waived her right to maintenance in the minutes of settlement which were incorporated in the divorce decree. A year later she applied for a s. 11(2) variation and was granted a lump sum order. The husband appealed. Zuber J.A., for a unanimous court, agreed that the maintenance provisions imposed by the trial judge were much more appropriate than those arrived at by the parties in the minutes of settlement. However, he found that that was not the issue before him; the issue before him was whether the settlement should be respected and precluded judicial intervention.

Zuber J.A. started with the proposition that it is preferable for parties to settle their own affairs. He gave a number of reasons for this including that (1) the parties are more likely to accept and live with an arrangement they have made themselves as opposed to one imposed upon them; (2) the administrative burden of the courts is relieved by respecting the parties' freedom of contract; and (3) treating the agreement reached by the parties as final allows them to plan their separate futures with relative peace of mind. In this last regard Zuber J.A. quoted from Anderson J.'s decision in *Dal Santo v. Dal Santo*, *supra*, at p. 120:

It is of great importance not only to the parties but to the community as a whole that contracts of this kind

Une troisième opinion, «de compromis», se dégage de l'arrêt *Webb* où le juge Blair propose que le changement de circonstances, nécessaire à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal «conféré par le par. 11(2), soit un changement «radical» ou «catastrophique».

Enfin, une quatrième possibilité ressort du fait que la jurisprudence fait souvent référence à des catégories spécifiques de changement pour justifier l'intervention du juge, plutôt qu'à un simple changement d'une certaine ampleur.

A. La thèse de «l'autonomie de la volonté»

Dans l'affaire *Farquar*, l'épouse intimée avait expressément renoncé à son droit à des aliments dans la convention qui avait été incorporée dans le jugement de divorce. Un an plus tard, elle a demandé une modification en vertu du par. 11(2) et elle a obtenu une ordonnance de paiement d'un montant forfaitaire. Le mari a interjeté appel. Le juge Zuber, au nom de la cour à l'unanimité, a reconnu que les conditions alimentaires imposées par le juge de première instance étaient beaucoup plus appropriées que celles auxquelles les parties étaient arrivées dans leur convention. Mais, a-t-il jugé, ce n'était pas là la question dont il était saisi; la question dont il était saisi était de savoir si la convention devait être respectée et interdisait toute intervention judiciaire.

Le juge Zuber a commencé par affirmer qu'il est préférable que les parties règlent leurs propres affaires. Il donne plusieurs raisons à l'appui de cela, notamment: (1) les parties sont plus susceptibles d'accepter et de respecter un arrangement qu'elles ont elles-mêmes conclu, par opposition à un arrangement qui leur est imposé; (2) la charge administrative des tribunaux se trouve allégée quand on respecte la liberté contractuelle des parties, et (3) considérer comme définitive la convention intervenue entre les parties leur permet de planifier leur avenir, chacun de leur côté en ayant l'esprit relativement en paix. À cet égard, le juge Zuber a repris un passage de la décision *Dal Santo v. Dal Santo*, précitée, du juge Anderson, à la p. 120:

[TRADUCTION] Il est très important non seulement pour les parties, mais pour la société en général, que les

should not be lightly disturbed. Lawyers must be able to advise their clients in respect of their future rights and obligations with some degree of certainty. Clients must be able to rely on these agreements and know with some degree of assurance that once a separation agreement is executed their affairs have been settled on a permanent basis. The courts must encourage parties to settle their differences without recourse to litigation. The modern approach in family law is to mediate and conciliate so as to enable the parties to make a fresh start in life on a secure basis. If separation agreements can be varied at will, it will become much more difficult to persuade the parties to enter into such agreements.

Zuber J.A. also observed that property issues and maintenance issues are nowadays frequently intertwined in the terms of a settlement. Thus, it might be quite unfair to alter the provisions for maintenance without also altering the division of property.

Zuber J.A. acknowledged that there were nevertheless two kinds of circumstance in which a settlement is not binding. The first is where the settlement is invalid according to traditional common law or equitable doctrines. The second is comprised of "that narrow range of cases where a court will relieve against a matrimonial settlement even though the contract is valid" (p. 252). Unfortunately, Zuber J.A. did not find it necessary to elaborate on this "narrow range of cases" other than to reject the notion that change by itself is a determining factor. In this regard he said at p. 253:

In my respectful view, changed circumstances, even substantially changed circumstances, are not a sufficient basis for avoiding the minutes of settlement. It is inevitable that the circumstances of the contracting parties will change following the agreement. If the change of circumstances would allow a party to avoid an otherwise enforceable agreement, then it is apparent that no separation agreement or minutes of settlement can ever finally resolve anything. If the parties agree to settle their affairs, then their affairs should be regarded as settled. Changed circumstances, however, are not irrelevant. If the agreement is vulnerable on some other basis

contrats de ce genre ne soient pas modifiés à la légère. Les avocats doivent pouvoir conseiller leurs clients sur leurs droits et obligations futurs avec un certain degré de certitude. Les clients doivent pouvoir se fier à ces conventions et savoir, avec une certaine assurance, qu'une fois la convention de séparation signée, leurs affaires seront réglées de façon permanente. Les tribunaux doivent encourager les parties à régler leurs différends sans recourir à la justice. La façon moderne de procéder en droit de la famille consiste à assurer la médiation et la conciliation, afin de permettre aux parties de repartir dans la vie sur une base sûre. Si les conventions de séparation peuvent être modifiées à volonté, il deviendra beaucoup plus difficile de persuader les parties d'en conclure.

Le juge Zuber a fait également observer que, de nos jours, les questions relatives aux biens et celles relatives aux aliments sont fréquemment entremêlées dans les conventions. Ainsi, il pourrait être fort injuste de modifier les stipulations relatives aux aliments sans aussi modifier le partage des biens.

Le juge Zuber a reconnu qu'il y a néanmoins deux types de circonstances où la convention n'est pas exécutoire. En premier lieu, lorsque la convention est invalide selon les principes traditionnels de la *common law* ou de l'*equity*. En second lieu, il y a cette [TRADUCTION] «catégorie de cas limitée où le tribunal révisera une convention matrimoniale même si le contrat est valide» (p. 252). Malheureusement, le juge Zuber n'a pas jugé nécessaire de donner des détails sur cette «catégorie de cas limitée», si ce n'est pour rejeter la notion que le changement en soi est un facteur déterminant. À cet égard, il affirme à la p. 253:

[TRADUCTION] À mon humble avis, le changement de circonstances, même s'il est substantiel, ne constitue pas un motif suffisant pour écarter une convention. Il est inévitable que les circonstances dans lesquelles se trouvent les parties contractantes changeront à la suite de la convention. Si le changement de circonstances devait autoriser une partie à se soustraire à une convention par ailleurs exécutoire, il est évident qu'aucune convention de séparation ou autre ne pourrait jamais résoudre quoi que ce soit définitivement. Si les parties conviennent de régler leurs affaires, alors leurs affaires devraient être considérées comme réglées. Le changement de circonstances n'est pas sans importance cependant. Si la convention est vulnérable à quelque autre égard, les nouvelles circonstances dans lesquelles se trouvent les parties

the new circumstances of the parties will be a factor in the determination of the amount of maintenance.

Zuber J.A. applied these principles to the case before him and concluded that the Court had no basis on which to intervene and that the settlement freely negotiated by the parties should be respected.

B. *The Court's Overriding Power*

The core values underlying the approach in *Farquar* are those of individual responsibility and freedom of contract. An opposing view is to be found in the judgments of the Manitoba Court of Appeal in *Newman v. Newman, supra, Katz v. Katz, supra, and Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51. In this line of cases the Court asserts its supervisory role and finds that it is not significantly constrained by the presence of a binding agreement. Although the Court often acknowledges that the existence of an agreement is an important circumstance to be considered and that finality in the ordering of post-marital obligations is a laudable objective, a finding that the agreement does not meet the court's standard of fairness or reasonableness justifies an exercise of the s. 11(2) power.

In *Newman*, Monnin J.A. (as he then was), Matas J.A. concurring, considered the relevance of a prior separation agreement to a s. 11(1) order for maintenance and stated at p. 52:

I have always been and still am of the view that under Sec. 11 of the *Divorce Act*, a court can do what it thinks proper under the circumstances with respect to maintenance for the wife and children and the hands of the court cannot be fettered by a written agreement executed by the parties. It is clear though that, in order to encourage at all times this type of settlement, rather than to encourage litigation between the spouses, the court should not lightly disturb the terms of a duly negotiated contract. But if the court feels that there is need for change, it allows it.

The agreement in question provided *inter alia* that the wife was to receive maintenance of \$450 per

seront un facteur dont il faudra tenir compte en déterminant le montant des aliments.

Le juge Zuber a appliqué ces principes à l'espèce dont il était saisi, pour conclure que la cour n'était aucunement justifiée d'intervenir et que la convention, librement négociée par les parties, devait être respectée.

B. *L'autorité prépondérante du tribunal*

Les valeurs fondamentales qui sous-tendent le point de vue de l'arrêt *Farquar* sont la responsabilité individuelle et la liberté contractuelle. On trouve un point de vue opposé dans les arrêts de la Cour d'appel du Manitoba *Newman v. Newman, précité, Katz v. Katz, précité, et Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51. Dans ce courant de jurisprudence, la cour affirme son rôle de surveillance et conclut qu'il n'est pas limité sensiblement par l'existence d'une convention exécutoire. Bien que la cour reconnaisse souvent que l'existence d'une convention constitue une circonstance importante dont il faut tenir compte et que le caractère définitif dans l'imposition par ordonnance d'obligations post-matrimoniales constitue un objectif louable, la conclusion que la convention ne satisfait pas à la norme d'équité ou de caractère raisonnable du tribunal justifie l'exercice du pouvoir conféré au par. 11(2).

Dans l'arrêt *Newman*, le juge Monnin (plus tard juge en chef du Manitoba), à l'opinion duquel a souscrit le juge Matas, a analysé le rapport qui existe entre une convention de séparation antérieure et une ordonnance alimentaire fondée sur le par. 11(1), pour dire, à la p. 52:

[TRADUCTION] J'ai toujours été et je suis encore d'avis qu'en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*, un tribunal peut faire ce qu'il juge approprié de faire dans les circonstances en matière de soutien alimentaire de l'épouse et des enfants, et que le tribunal ne saurait avoir les mains liées par quelque convention écrite signée par les parties. Il est cependant clair que, pour encourager en tout temps ce genre de règlement plutôt que les procès entre conjoints, le tribunal ne devrait pas modifier à la légère les conditions d'un contrat dûment négocié. Mais si le tribunal estime qu'une révision s'impose, il y fait droit.

La convention en cause prévoyait notamment que l'épouse toucherait une pension alimentaire de

month. At the hearing the wife argued that the payments were inadequate. The Court, on finding that the husband could "without difficulty" afford to pay more, raised the rate to \$650 per month. O'Sullivan J.A. registered a strong dissent criticizing the decision in *Hyman* and urging the Manitoba Court to follow the English Court of Appeal's decision in *Gandy v. Gandy* (1882), 7 P.D. 168 which held that a contract should not be interfered with unless one of the parties has acted in a way which disentitles him or her to rely upon its terms. O'Sullivan J.A. construed the s. 11 power to vary maintenance orders as a power to award an amount for maintenance over and above the terms of an agreement if appropriate. He stated that where children are involved or where there is a danger that one of the parties will become a public charge, public policy considerations might favour an increase in maintenance. Otherwise, respect for the parties' contract should be the rule.

In *Katz*, Monnin J.A. and Hall J.A. in separate reasons both acknowledged that the agreement entered into by the parties was a factor to be considered but went on to suggest that, where the dependent spouse can demonstrate a need, a variation could be granted. Hall J.A. rejected the trial judge's test of "moving hardship" in the following passage at p. 422:

With great respect, it is my opinion that it is both fit and just to grant the wife a variation, having regard to the change in her circumstances and the presumed financial ability of the husband to afford those changes. Indeed, I am sure he would want to make them if the law so provides, notwithstanding that the settlement agreement is being varied.

In my view, the test is what is reasonable rather than one of moving hardship. What is the just course for the husband to follow? The settlement agreement is only a factor to be taken into account and is not conclusive of the issue of variation.

This broad approach to the court's discretion under s. 11 has recently been affirmed in *Ross*. In

450 \$ par mois. À l'audience, l'épouse a soutenu que les sommes versées étaient insuffisantes. La cour, après avoir conclu que le mari pouvait [TRADUCTION] «sans difficulté» se permettre de payer plus, a haussé le taux mensuel à 650 \$. Le juge O'Sullivan de la Cour d'appel a inscrit une forte dissidence, en critiquant l'arrêt *Hyman* et en invitant la cour manitobaine à suivre l'arrêt de la Cour d'appel anglaise *Gandy v. Gandy* (1882), 7 P.D. 168, où on avait jugé qu'un contrat ne saurait être modifié à moins que l'une des parties n'ait agi d'une manière qui lui enlève le droit de l'invoquer. Le juge O'Sullivan a interprété le pouvoir, conféré par l'art. 11, de modifier les ordonnances alimentaires comme le pouvoir d'accorder un montant d'aliments supérieur à celui stipulé dans une convention lorsque cela s'impose. Quand, a-t-il dit, des enfants sont en cause ou qu'il y a risque que l'une des parties tombe à la charge de la société, des considérations d'ordre public pourraient militer en faveur d'une hausse des aliments. Dans les autres cas, le respect du contrat conclu par les parties devrait être de règle.

Dans l'arrêt *Katz*, le juge Monnin et le juge Hall ont reconnu tous les deux, dans des motifs séparés, que la convention conclue par les parties était un facteur dont il fallait tenir compte, mais ils ont ensuite laissé entendre que, lorsque le conjoint à charge peut démontrer l'existence d'un besoin, la modification peut être accordée. Dans le passage suivant, à la p. 422, le juge Hall rejette le critère du [TRADUCTION] «dénouement pathétique» établi par le juge de première instance:

[TRADUCTION] Avec égards, je suis d'avis qu'il est à la fois juste et approprié d'accorder à l'épouse une modification, compte tenu du changement de circonstances et de la capacité financière présumée du mari d'y pourvoir. D'ailleurs, je suis sûr qu'il voudrait le faire si la loi le prévoyait, malgré que la convention soit modifiée.

À mon avis, le critère applicable est de savoir ce qui est raisonnable plutôt qu'un critère de dénouement pathétique. Quelle est la juste voie que doit emprunter le mari? La convention n'est qu'un facteur dont il faut tenir compte et elle n'est pas décisive en matière de modification.

Cette conception large du pouvoir discrétionnaire que possède le tribunal en vertu de l'art. 11 a

that case the parties negotiated a settlement which in the court's view did not reflect the husband's relatively extensive financial resources. There was evidence that during the negotiations the husband pressured the wife with threats into accepting his offer. However, the wife did have assistance from independent counsel before executing the contract and in fact a certificate of independent legal advice was attached to the agreement. Hall J.A., with whom Monnin C.J.M. and O'Sullivan J.A. concurred, after stating that the contract was an "important circumstance" and should not be "lightly disturbed", went on to hold at p. 54:

But where, as here, there exists an unfair and unbalanced settlement arrived at in the circumstances described, I think the learned trial judge was justified in making the award which he did. In other words, it was reasonable in the circumstances for him to have added a lump sum award maintenance to that provided in the separation agreement.

Matas J.A. also approved of the trial judge's test of what is fair and reasonable. His reasons, however, are especially useful in that he discussed the underlying rationale for advocating a larger role for the courts. At page 64 he wrote:

In my opinion, we have not yet reached the stage where we can safely say that generally husbands and wives are equal or nearly so, in earning capacity, or where we can necessarily say that generally the responsibilities of marriage have not disadvantaged the earning potential of the wife. In many cases, especially of more recent marriages, the courts could rely on the fairness of imposing an obligation on the wife to quickly become self-supporting. In some cases, the court could not.

Only Huband J.A. in dissent took issue with the broad flexible approach of the majority. He wrote at p. 68:

I subscribe to the general statement in the reasons of Hall J.A. that the court has the right to depart from the terms of a separation agreement under certain circumstances. Differences, however, arise in attempting to

récemment été confirmée dans l'arrêt *Ross*. Dans cette affaire, les parties avaient négocié un règlement qui, de l'avis du tribunal, ne correspondait pas aux ressources financières relativement importantes du mari. Il existait des éléments de preuve qu'au cours des négociations le mari avait proféré des menaces à sa femme, pour qu'elle accepte son offre. Toutefois, la femme avait bénéficié de l'assistance d'un avocat indépendant avant de signer le contrat, auquel d'ailleurs était joint un certificat attestant cela. Le juge Hall, à l'avis duquel ont souscrit le juge en chef Monnin du Manitoba et le juge O'Sullivan, conclut ceci à la p. 54, après avoir affirmé que le contrat constituait une [TRADUCTION] «circonstance importante» et qu'il ne devait pas être [TRADUCTION] «modifié à la légère»:

[TRADUCTION] Mais lorsque, comme en l'espèce, il existe une convention inéquitable et déséquilibrée, conclue dans les circonstances qui viennent d'être décrites, je pense que le savant juge de première instance était justifié de statuer comme il l'a fait. En d'autres termes, il était raisonnable dans les circonstances qu'il ajoute le paiement d'une somme globale aux aliments prévus dans la convention de séparation.

Le juge Matas a aussi approuvé le critère qui, selon le juge de première instance, s'applique pour déterminer ce qui est juste et raisonnable. Toutefois, l'utilité de ses motifs découle plus particulièrement du fait qu'il analyse la raison sous-jacente de préconiser l'attribution aux tribunaux d'un rôle plus important. À la page 64, il écrit:

[TRADUCTION] À mon avis, nous n'avons pas encore atteint le stade où nous pouvons dire à coup sûr qu'en général le mari et l'épouse sont égaux ou presque sur le plan de leur capacité de gain, ni celui où nous pouvons nécessairement dire qu'en général les responsabilités du mariage n'ont pas nui au potentiel de l'épouse de gagner un revenu. Dans bien des cas, surtout dans celui des mariages les plus récents, les tribunaux pourraient considérer comme équitable l'imposition d'une obligation à l'épouse de devenir autosuffisante rapidement. Dans certains cas, le tribunal ne le pourrait pas.

Seul le juge Huband, dans ses motifs de dissidence, s'en prend à la conception large et souple de la majorité. Il écrit, à la p. 68:

[TRADUCTION] Je souscris à la déclaration générale dans les motifs du juge Hall, que le tribunal a le droit de s'écarter des modalités d'une convention de séparation dans certaines circonstances. Cependant, des divergen-

determine those proper circumstances. As Hall J.A. has noted, the presence of a separation agreement is an important circumstance for the court to take into account when exercising jurisdiction under s. 11(1) of the Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8. The question is no longer what is reasonable maintenance, but, rather, what is reasonable maintenance, given that the parties have executed an agreement to determine that issue? Normally, a separation agreement constitutes a formidable limitation on the court's discretion. If it were not so, there would be no point in parties bothering to negotiate an out-of-court maintenance agreement.

What is reasonable maintenance must be determined in light of a valid, voluntary separation agreement. Conversely, it is *prima facie* unreasonable for a party to such an agreement to take benefits under the contract and then seek court assistance to obtain more favourable maintenance arrangements.

And later at pp. 73-74:

With respect, I do not think that the fact that a separation agreement is, or seems to be, unfair to one of the parties, is a sufficient foundation for the court to vary the terms of a separation agreement. There are many contracts which, in retrospect, may be viewed as "unfair" to one of the contracting parties, but that is not, of itself, in law or in equity, a basis for altering the agreement.

Huband J.A. went on to find that the application to vary should be dismissed.

In summary, the Manitoba decisions do not distinguish in any significant manner between applications for maintenance in the face of an antecedent agreement and applications in which there is no such agreement. The court exercises its discretion on the basis of what it considers fair and reasonable whether or not the parties have, in effect, settled their own financial affairs.

C. *The Compromise*

In some cases an attempt has been made by the courts to forge a middle ground between the *Farquar* and *Ross* approaches by holding that, when there is an antecedent agreement, the s. 11(2) criterion of change can only be satisfied by a change of considerable magnitude. The courts

ces apparaissent quand il s'agit de déterminer quelles sont ces circonstances. Comme le juge Hall l'a noté, l'existence d'une convention de séparation constitue une circonstance importante dont le tribunal doit tenir compte quand il exerce la compétence que lui confère le par. 11(1) de la Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8. La question n'est plus quels aliments sont raisonnables mais, plutôt, quels aliments sont raisonnables étant donné que les parties ont signé une convention pour régler cela? Normalement, une convention de séparation constitue une restriction considérable du pouvoir discrétionnaire du tribunal. S'il en était autrement, il ne servirait à rien aux parties de prendre le temps de négocier une convention alimentaire hors cour.

Ce qui constitue des aliments raisonnables doit être déterminé en fonction de l'existence d'une convention de séparation volontaire et valide. À l'inverse, il est déraisonnable à première vue pour une partie à une telle convention de tirer profit du contrat, pour ensuite demander l'aide du tribunal afin d'obtenir des arrangements alimentaires plus favorables.

Et, plus loin, aux pp. 73 et 74:

[TRADUCTION] Avec égards, je ne pense pas que le fait qu'une convention de séparation soit, ou semble être, injuste pour l'une des parties constitue un motif suffisant pour que le tribunal en modifie les conditions. Il y a beaucoup de contrats qui, après coup, peuvent être considérés comme «injustes» pour l'une des parties contractantes, mais ce n'est pas là en soi, ni en droit ni en *equity*, une raison de modifier l'accord intervenu.

Le juge Huband conclut ensuite que la demande de modification doit être rejetée.

En résumé, les décisions manitobaines n'établissent pas de distinction importante entre les demandes de prestation alimentaire qui sont faites lorsqu'il existe une convention antérieure et celles qui sont faites en l'absence d'une telle convention. Le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire selon ce qu'il estime juste et raisonnable peu importe que les parties aient ou non effectivement réglé leurs propres affaires financières.

i C. *Le compromis*

Dans certaines cas, les tribunaux ont tenté de trouver le juste milieu entre les conceptions des arrêts *Farquar* et *Ross*, en concluant que, lorsqu'il existe une convention antérieure, le critère du changement, formulé au par. 11(2), ne peut être satisfait que par un changement d'une ampleur

which apply this standard often attempt to rationalize judicial intervention in terms of contract principles by describing such a change as one which negates a fundamental assumption upon which the original agreement was premised.

Wong L.J.S.C.'s decision at trial is an illustration. He regarded Mrs. Pelech's current impoverishment as a "gross" change in circumstances. In addition, he seems to suggest that the contractual arrangements were predicated on Mrs. Pelech's employability and eventual self-sufficiency. Time did not bear out that prediction. Although Wong L.J.S.C. does not expressly find that this vitiates the agreement, it seems to be an important legitimating factor in his ultimate decision to intervene.

The emphasis on the magnitude of the change is also at the root of the Ontario Court of Appeal's decision in *Webb*. The parties in *Webb* entered into an agreement in 1981 which made ample provision for the wife and which expressly stated that the periodic payments were not subject to variation. Shortly after the issuance in 1982 of a decree *nisi* incorporating the agreement (minus the non-variation clause), the husband experienced a catastrophic and unforeseeable financial loss. He applied to vary the maintenance award. His application was dismissed at trial.

Arnup J.A., with whom Weatherston J.A. concurred, allowed Mr. Webb's appeal. He maintained that Zuber J.A.'s statement in *Farquar* that change, even if it is substantial, is not a sufficient basis for avoiding the terms of a valid agreement, did not extend to all change regardless of magnitude. Rather, he interpreted Zuber J.A.'s proposition as simply imposing an extremely heavy onus on the party seeking the variation. He found, therefore, that there was no distinction in principle between the views of the Ontario Court of Appeal and those of the Manitoba Court of Appeal as expressed in *Ross*. In addition, like Wong L.J.S.C., Arnup J.A. reinforced his decision by alluding to the lack of a factual basis at the time of the application to support the assumptions implicit

considérable. Les tribunaux qui appliquent cette norme tentent souvent de justifier leur intervention en fonction de principes contractuels, en décrivant le changement en cause comme un changement qui réduit à néant une hypothèse fondamentale sur laquelle la convention initiale était fondée.

La décision du juge Wong en première instance en est un exemple. Il a considéré l'état actuel de pauvreté de M^{me} Pelech comme un changement «radical» de circonstances. En outre, il semble laisser entendre que les arrangements contractuels reposaient sur la possibilité pour M^{me} Pelech de se trouver un emploi et de finir par devenir autosuffisante. Cette prédiction ne s'est pas réalisée. Le juge Wong ne conclut pas expressément, il est vrai, que la convention s'en trouve viciée, mais cela paraît constituer un important facteur qui contribue à légitimer sa décision ultime d'intervenir.

L'accent mis sur l'importance du changement est aussi à la source de l'arrêt *Webb* de la Cour d'appel de l'Ontario. Les parties, dans l'affaire *Webb*, avaient conclu une convention en 1981, qui accordait amplement d'aliments à la femme et qui prévoyait expressément que les paiements échelonnés ne pouvaient pas être modifiés. Peu après le prononcé, en 1982, du jugement conditionnel incorporant la convention (sans la clause de non-modification), le mari a subi une perte financière catastrophique imprévisible. Il a demandé la modification de l'ordonnance alimentaire. Sa demande a été rejetée en première instance.

Le juge Arnup, aux motifs duquel a souscrit le juge Weatherston, a accueilli l'appel de M. Webb. Il a maintenu que l'affirmation du juge Zuber dans l'arrêt *Farquar*, portant que le changement, même substantiel, ne constitue pas un motif suffisant pour échapper aux conditions d'une convention valide, ne s'appliquait pas à toutes les sortes de changement, indépendamment de leur importance. Plutôt, il a interprété la proposition du juge Zuber comme imposant simplement une charge de preuve extrêmement lourde à la partie qui demande la modification. Il a donc conclu qu'il n'existe pas de distinction de principe entre le point de vue de la Cour d'appel de l'Ontario et celui que la Cour d'appel du Manitoba exprime dans l'arrêt *Ross*. En outre, à l'instar du juge

in the separation agreement. In the present appeal Wong L.J.S.C., before concluding that the maintenance provision should be varied, emphasized the expectation of the parties that Mrs. Pelech would be employable, something which had not happened. In *Webb*, Arnup J.A. pointed to the belief that the husband would be in receipt of large amounts of capital in the future. Like Mrs. Webb's employability the capital did not materialize and Arnup J.A. accordingly concluded that the contract should be varied.

Blair J.A., in separate reasons, concurred in Arnup J.A.'s disposition of the case. He reviewed the jurisprudence and agreed that *Farquar* does not preclude a court from exercising its power where there has been a "profound change". He added that even in the absence of such change the courts will intervene in a "narrow range of cases where public policy is offended if [the agreement] makes a spouse a public charge, deprives children or is unconscionable" (p. 145).

D. *Specific Categories of Change*

Blair J.A.'s enumeration of separate categories of change in *Webb* suggests a fourth approach. Indeed, in several cases the courts have justified upsetting the terms of a valid agreement because of the nature rather than the degree of change experienced by the applicant. As Blair J.A.'s comments suggest, the cases can be divided into at least three separate types: where the applicant has become a public charge, where the terms of the existing agreement cause deprivation to children, and where the agreement is unenforceable on other grounds.

(1) Public Charge

In the present case the appellant, Mrs. Pelech, has become a public charge. As Professor Julien

Wong, le juge Arnup a renforcé sa décision par une allusion à l'absence, au moment de la demande, de fondement factuel étayant les hypothèses implicites dans la convention de séparation. ^a En l'espèce, le juge Wong, avant de conclure que la pension alimentaire devait être modifiée, a insisté sur le fait que les parties s'attendaient à ce que M^{me} Pelech se trouve un emploi, ce qui ne s'est pas produit. Dans l'arrêt *Webb*, le juge Arnup a ^b rappelé qu'on croyait que le mari toucherait par la suite des capitaux considérables. De même que M^{me} Webb n'a pas trouvé d'emploi, ces prévisions de capitaux ne se sont pas concrétisées et le juge ^c Arnup a donc conclu que le contrat devait être modifié.

Le juge Blair, dans des motifs séparés, a souscrit à la façon dont le juge Arnup a tranché l'affaire. Il ^d a passé en revue la jurisprudence pour convenir que l'arrêt *Farquar* n'interdit pas au tribunal d'exercer son pouvoir lorsqu'il y a eu un [TRADUCTION] «changement profond». Il a ajouté que, même en l'absence d'un changement de ce genre, ^e les tribunaux interviendront dans une [TRADUCTION] «catégorie de cas limitée où il y aura atteinte à l'ordre public si [la convention] a pour effet de faire tomber un conjoint à la charge de la société, d'imposer des privations aux enfants ou est ^f lésionnaire» (p. 145).

D. *Catégories de changement spécifiques*

L'énumération par le juge Blair de catégories particulières de changement, dans l'arrêt *Webb*, ^g laisse entrevoir une quatrième conception. En fait, dans plusieurs affaires, les tribunaux ont justifié la modification des modalités d'une convention valide par la nature plutôt que par l'ampleur du changement connu par le requérant. Comme le ^h laissent entendre les observations du juge Blair, les affaires peuvent être réparties en au moins trois catégories distinctes: lorsque le requérant est tombé à la charge de la société, lorsque les modalités de la convention existante ont pour effet d'imposer des ⁱ privations aux enfants et lorsque la convention est lésionnaire pour d'autres raisons.

(1) À la charge de la société

^j En l'espèce, l'appelante, M^{me} Pelech, est maintenant à la charge de la société. Comme le profes-

D. Payne points out in his article "Policy Objectives of Private Law Spousal Support Rights and Obligations" in K. Connell-Thouez and B. M. Knoppers (eds.), *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective* (1984), the factual circumstance of an applicant's dependence on the state for sustenance is often an unspoken but influential element in the private law response to maintenance claims. He states at pp. 86-87:

The conservation of public funds is a commonly unacknowledged objective of the private law system of spousal and child support. Indeed, the private law system is premised on the foundation that the primary family support obligation falls on the individual, not on the State. It is only when this obligation is not, or cannot be, discharged by the individual that the State intervenes to provide a subsistence level of financial support for the economic victims of marriage breakdown and divorce. Even in this latter context, the need to protect the public purse has been legislatively recognized in the province of Alberta and elsewhere. There are statutory provisions that authorize (or require) the appropriate authorities to obtain reimbursement for social assistance payments made to dependent spouses and children from the financially independent spouses and parents upon whom the primary obligation for family support is imposed by the private law system.

The Scottish Law Commission has emphatically rejected the conservation of public funds as an appropriate objective of the law regulating spousal financial provision on divorce. It stressed that the whole point of divorce is to sever the relationship between husband and wife and to require former spouses to maintain each other is contrary to this objective.

In contrast, the Institute of Law Research and Reform in the province of Alberta has stated:

The principal objective of the system of support obligations is to obtain money for spouses and children who need it. The importance of that objective can hardly be over-emphasized. As we have already said, a second objective is to reimburse the state (in this case, the province) for the cost of providing such support when the other spouse, or a parent, can provide all or part of the necessary money but does not do so.

seur Julien D. Payne le souligne dans son article intitulé «Policy Objectives of Private Law Spousal Support Rights and Obligations» dans K. Connell-Thouez et B. M. Knoppers (éd.), *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective* (1984), cette circonstance de fait que constitue l'état de dépendance de la requérante vis-à-vis de l'État pour ce qui est d'assurer son soutien, est un élément souvent passé sous silence, mais qui a de l'importance quant à la réaction du droit privé aux demandes d'aliments. Il dit, aux pp. 86 et 87:

[TRADUCTION] Économiser les fonds publics est un objectif habituellement inavoué du régime du droit privé en matière de soutien du conjoint et des enfants. D'ailleurs, le régime du droit privé a pour fondement qu'une obligation alimentaire envers la famille incombe en premier lieu à l'individu et non à l'État. Ce n'est que lorsque cette obligation n'est pas ou ne peut pas être exécutée par l'individu que l'État intervient pour fournir des moyens financiers de subsistance aux victimes, sur le plan économique, des ruptures conjugales et du divorce. Même dans ce dernier cas, la nécessité de protéger les deniers publics a été reconnue par voie législative en Alberta et ailleurs. Il existe des dispositions législatives qui autorisent (ou qui obligent) les autorités compétentes à se faire rembourser les prestations sociales versées au conjoint et aux enfants à charge par le conjoint et parent financièrement indépendant, auquel l'obligation première de soutien de la famille est imposée par le régime du droit privé.

La Scottish Law Commission a catégoriquement rejeté l'idée qu'une économie des fonds publics puisse constituer un objectif approprié du droit régissant l'aide financière au conjoint, au moment du divorce. Elle a souligné que la raison même du divorce est de rompre le lien matrimonial entre le mari et la femme et qu'obliger les anciens conjoints à subvenir mutuellement à leurs besoins est contraire à cet objectif.

Par contre, l'Institute of Law Research and Reform de l'Alberta a affirmé ceci:

L'objectif principal du régime d'obligations alimentaires, c'est d'obtenir de l'argent pour les conjoints et les enfants qui en ont besoin. On ne saurait trop insister sur l'importance de cet objectif. Comme nous l'avons déjà dit, l'objectif secondaire est de rembourser à l'État (en l'espèce, la province) le coût de ce soutien lorsque l'autre conjoint, ou un parent, peut fournir les sommes nécessaires en totalité ou en partie, mais ne le fait pas.

An examination of *Hyman* reveals that part of the rationale for the principle expressed in that case that the court's jurisdiction cannot be extinguished by contract relates to the concern for burdening public funds. Lord Hailsham L.C., in discussing the court's power to compel a husband to provide for his wife upon divorce, stated at p. 608:

Such a provision is not made solely in the interests of the wife, but also in the interests of third parties who may deal with the wife or who may, as in the case of Poor Law Guardians, become responsible for her sustenance.

One can surmise from this that Lord Hailsham L.C.'s reference to the public interest in his concluding statement quoted in the earlier part of these reasons is a reference to the interest in having husbands rather than the state support indigent ex-spouses. Lord Atkin's accompanying reasons are, if anything, even more explicit. He states at pp. 628-29:

The necessity for such provisions is obvious. While the marriage tie exists the husband is under a legal obligation to maintain his wife. The duty can be enforced by the wife, who can pledge his credit for necessaries as an agent of necessity, if, while she lives apart from him with his consent, he either fails to pay her an agreed allowance or fails to make her any allowance at all; or, if she lives apart from him under a decree for separation, he fails to pay the alimony ordered by the Court. But the duty of the husband is also a public obligation, and can be enforced against him by the State under the Vagrancy Acts and under the Poor Relief Acts. When the marriage is dissolved the duty to maintain arising out of the marriage tie disappears. In the absence of any statutory enactment the former wife would be left without any provision for her maintenance other than recourse to the poor law authorities. In my opinion the statutory powers of the Court to which I have referred were granted partly in the public interest to provide a substitute for this husband's duty of maintenance and to prevent the wife from being thrown upon the public for support. If this be true, the powers of the Court in this respect cannot be restricted by the private agreement of the parties . . . The wife's right to future maintenance is

L'étude de l'arrêt *Hyman* révèle qu'une partie du raisonnement à la source du principe énoncé dans cette affaire, selon lequel la compétence du tribunal ne saurait être supprimée par contrat, est liée à un souci de ne pas grever les fonds publics. Le lord chancelier Hailsham, en traitant du pouvoir qu'a le tribunal de forcer le mari à subvenir aux besoins de sa femme en cas de divorce affirme, à la p. 608:

[TRADUCTION] Cette prestation d'aliments est faite non seulement dans l'intérêt de la femme, mais aussi dans l'intérêt des tiers qui peuvent traiter avec la femme ou qui peuvent, comme dans le cas des personnes chargées de l'assistance sociale, être responsables de son soutien.

On peut supposer en conséquence que la mention par le lord chancelier Hailsham de l'intérêt public dans sa conclusion, déjà citée dans les présents motifs, est une référence à l'intérêt qu'il y a à ce que ce soient les maris, plutôt que l'État, qui subviennent aux besoins de leur ex-épouse indigente. Les motifs de lord Atkin joints à cette opinion sont, à vrai dire, plus explicites encore. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 628 et 629:

[TRADUCTION] La nécessité de ces prestations alimentaires est évidente. Tant que le lien conjugal existe, le mari est tenu légalement de pourvoir aux besoins de son épouse. L'exécution de cette obligation peut être forcée par l'épouse qui peut engager son crédit pour les objets de première nécessité à titre de mandataire domestique, si, alors qu'elle vit séparée de lui avec son consentement, il ne lui paie pas la pension convenue ou ne lui paie aucune pension; ou, si alors qu'elle vit séparée de lui en vertu d'un jugement de séparation de corps, il ne lui verse pas la pension alimentaire ordonnée par le tribunal. Mais l'obligation du mari est aussi une obligation d'intérêt public dont l'État peut demander l'exécution en vertu des Vagrancy Acts et des Poor Relief Acts. Lorsqu'il y a dissolution du mariage, l'obligation alimentaire découlant du lien conjugal disparaît. En l'absence de toute disposition légale, l'ancienne épouse perdrait tout droit à des aliments et il ne lui resterait qu'à recourir aux autorités responsables de l'application de la législation sur l'assistance sociale. À mon avis, les pouvoirs légaux du tribunal, que je viens de mentionner, lui ont été conférés en partie pour des motifs d'intérêt public, afin de prévoir un substitut à l'obligation alimentaire du mari et afin que la femme ne soit pas abandonnée à l'assistance publique. Si cela est exact, les pouvoirs conférés au tribunal à cet égard ne sauraient être limités par une convention privée entre les parties [...] Le

a matter of public concern, which she cannot barter away.

In Canada the leading case in this regard is *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313 (Ont. C.A.) In that case a separation agreement was entered into which did not provide for the support or maintenance of the wife. The husband was ordered to pay spousal support in the course of the subsequent divorce proceedings. His appeal of the order was dismissed by a unanimous court. Lacourcière J.A. held at p. 316:

We are also satisfied that it is incumbent on the court to have regard to the interest of the public as well as to that of the deserving spouse. A spouse's primary obligation and duty of maintenance should be enforced when necessary to prevent the other spouse from having to seek or continuing to receive public support . . .

This statement was recently put forward as a principle of law by Filer L.J.S.C. in *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405 (Ont. H.C.), a case which also turned on the effect of a contract in light of an ex-spouse's dependence on public assistance. Filer L.J.S.C. reviewed the case law at pp. 417-18:

In his reasons in the *Webb* case, Arnup J.A. (with whom Weatherston J.A. concurred) stated at p. 467 O.R., p. 127 R.F.L.:

"... the burden of showing that the interests of justice require the intervention of the court is a very heavy one . . ."

At p. 473 O.R., p. 133 R.F.L., Blair J.A. lists:

"... three situations which are clearly accepted as justifying a departure from the terms of a separation agreement in the decree nisi even though there has been no change in circumstances:

(1) Where the failure to provide maintenance in the agreement is likely to result in a spouse becoming a public charge the courts have frequently refused to be bound by the agreement: *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313 (Ont. C.A.)".

droit de l'épouse de recevoir des aliments à l'avenir est une question d'intérêt public qu'elle ne saurait aliéner.

Au Canada, l'arrêt de principe à cet égard est *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313 (C.A. Ont.) Dans cette affaire, on avait conclu une convention de séparation qui ne stipulait pas le versement d'une pension alimentaire à la femme. Lors des procédures de divorce subséquentes, on a ordonné au mari de payer des aliments à la femme. L'appel qu'il a interjeté contre l'ordonnance fut rejeté par une cour unanime. Le juge Lacourcière conclut, à la p. 316:

[TRADUCTION] Nous sommes également convaincus qu'il incombe au tribunal de tenir compte de l'intérêt public autant que de celui du conjoint qui le mérite. L'exécution de l'obligation première du conjoint, son obligation alimentaire, devrait être forcée lorsque cela est nécessaire pour éviter que l'autre conjoint ait à recourir à l'assistance publique ou continue d'en bénéficier . . .

Le juge local Filer a récemment érigé cette affirmation en principe de droit dans l'arrêt *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405 (H.C. Ont.), une affaire qui dépendait elle aussi de l'effet d'un contrat, compte tenu du fait que l'ancien conjoint était tributaire de l'assistance publique. Le juge Filer étudie la jurisprudence, aux pp. 417 et 418:

[TRADUCTION] Dans les motifs qu'il a rédigés dans l'arrêt *Webb*, le juge Arnup (à l'opinion duquel a souscrit le juge Weatherston) dit, à la p. 467 O.R. et à la p. 127 R.F.L.:

«... la charge de démontrer que les intérêts de la justice exigent une intervention judiciaire est très lourde...»

À la p. 473 O.R. et à la p. 133 R.F.L., le juge Blair énumère:

«... trois situations qui sont clairement acceptées pour justifier que l'on s'écarte des modalités d'une convention de séparation que contient le jugement conditionnel de divorce, même en l'absence d'un changement de circonstances:

(1) Lorsque l'absence de stipulation alimentaire dans la convention aura vraisemblablement pour résultat qu'un conjoint sera à la charge de la société, les tribunaux ont fréquemment refusé d'être liés par la convention: *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313 (C.A. Ont.)»

See also *Hall v. Hall* (1979), 13 R.F.L. (2d) 77 at 79 (B.C.S.C.):

“Maintenance is not only for the benefit of the wife but also for the benefit of the general public in the sense that it may relieve the public from supporting a divorced spouse.” a

In *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385 at 392, 5 Alta. L.R. (2d) 315, 10 A.R. 214 (T.D.), Dechene J. stated “... the public has an interest in assuring that spouses do not become public charges.” b

He then concluded at p. 418:

The consequences of her return and her present circumstances are so serious that they necessitate the plaintiff's partial reliance at this time upon welfare assistance. On the evidence, there was a period of some four months where she was even more dependent on welfare. In the circumstances this court is bound to act to vary the amount of maintenance being provided for the plaintiff wife, in accordance with the principles enunciated in *Fabian v. Fabian*, supra, and cited with approval by Blair J.A. in the case of *Webb v. Webb*, supra. c

However, there is also some indication of judicial dissatisfaction with the public charge basis for intervention. Although it was not directly relevant to the case before him, Kerans J.A. in *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113 (Alta. C.A.), expressed the view that such intervention was inconsistent with the current trends in the jurisprudence. He wrote at p. 116: d

At least until recently, the “public purse” exception was well established. The leading case is *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601 (H.L.), where Lord Atkin said at p. 628: “But the duty of the husband is also a public obligation ...” and, at p. 629, that the power of the court to override an agreement was “... granted partly in the public interest to ... prevent the wife from being thrown upon the public for support”. This rule has come to be doubted. Sinclair J.A., as he then was, suggested in *Goldstein v. Goldstein*, [1976] 4 W.W.R. 646 at 656, 23 R.F.L. 206, 67 D.L.R. (3d) 624 (Alta. C.A.), that: e

“... it is my view that Parliament did not intend that after divorce the divorced spouses were to be forever contingently liable for the support of each other.” j

Voir aussi l'arrêt *Hall v. Hall* (1979), 13 R.F.L. (2d) 77, à la p. 79 (C.S.C.-B.):

«La pension alimentaire est dans l'intérêt non seulement de l'épouse, mais aussi dans celui du public en général, en ce sens qu'elle peut le dispenser d'avoir à subvenir aux besoins du conjoint divorcé.»

Dans l'affaire *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385, à la p. 392, 5 Alta. L.R. (2d) 315, 10 A.R. 214 (D.P.I.), le juge Dechene affirme: «... la société a intérêt à s'assurer que les conjoints ne tombent pas à sa charge.»

Il conclut alors, à la p. 418:

[TRADUCTION] Les conséquences de son retour et sa situation actuelle sont si graves qu'elles nécessitent que la demanderesse ait maintenant recours en partie à l'aide sociale. D'après la preuve soumise, pendant quelque quatre mois, elle a été encore plus tributaire de l'aide sociale. Dans les circonstances, la cour se doit de modifier le montant des aliments versés à l'épouse demanderesse, conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Fabian v. Fabian*, précité, et que le juge Blair le la Cour d'appel a repris, en les approuvant, dans l'arrêt *Webb v. Webb*, précité. f

Toutefois, certains indices portent à croire que les juges sont mécontents du motif d'intervention portant que le conjoint sera à la charge de la société. Quoique cela n'ait pas été directement pertinent dans l'affaire dont il était saisi, le juge Kerans, dans l'arrêt *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113 (C.A. Alb.), a exprimé l'avis qu'une telle intervention est incompatible avec les tendances actuelles de la jurisprudence. Voici ce qu'il écrit, à la p. 116: g

[TRADUCTION] Jusqu'à récemment à tout le moins, l'exception dite du «trésor public» était bien établie. L'arrêt de principe est l'arrêt *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601 (H.L.), où lord Atkin dit, à la p. 628: «Mais l'obligation du mari est aussi une obligation d'intérêt public ...» et, à la p. 629: le pouvoir de la cour de passer outre à une convention avait été «... conféré [...] en partie pour des motifs d'intérêt public ... afin que la femme ne soit pas abandonnée à l'assistance publique». On a fini par mettre en doute cette règle. Le juge Sinclair, alors juge de la Cour d'appel, propose dans l'arrêt *Goldstein v. Goldstein*, [1976] 4 W.W.R. 646, à la p. 656, 23 R.F.L. 206, 67 D.L.R. (3d) 624 (C.A. Alb.), ce qui suit: h

«... à mon avis le législateur n'a jamais voulu qu'après le divorce les conjoints divorcés se doivent, pour toujours, mutuellement assistance en cas de besoin.» i

A minority of the Supreme Court of Canada in *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401, 35 R.F.L. (2d) 337, 2 D.L.R. (4th) 1, 50 N.R. 16, affirmed and enlarged upon this point of view. The majority decided the case on the narrow ground that the order under appeal was improperly speculative. Chouinard J. added [at pp. 416-17]:

“That does not mean that the obligation of support between ex-spouses should continue indefinitely when the marriage bond is dissolved, or that one spouse can continue to be a drag on the other indefinitely or acquire a lifetime pension as a result of the marriage, or to luxuriate in idleness at the expense of the other, to use the expression one finds in some discussions of the subject . . .”

However, as the facts were such that the exception did not arise in the case before him, Kerans J.A. found it unnecessary to pursue the matter further.

(2) Indirect Deprivation of Children

The second category mentioned by Blair J.A. in *Webb* is made up of cases in which the terms of a valid and binding agreement adversely affect the well-being of children in the custody of the dependent ex-spouse. While it is fairly clear that a parent cannot barter away his or her child's entitlement to parental support, and thus the courts may always intervene to change agreed terms relating to child support, the more difficult question is whether the courts should acknowledge the reality that the nurture of children is inextricably intertwined with the well being of the nurturing parent. Thus, in some circumstances a denial of spousal maintenance will result in the deprivation of the children of the marriage.

I suggested an affirmative answer to this question in “The Variation of Support Orders”, in Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé (eds.), *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), and there is now some support for it in the case law.

Les juges formant la minorité dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401, 35 R.F.L. (2d) 337, 2 D.L.R. (4th) 1, 50 N.R. 16, ont confirmé et approfondi ce point de vue. La Cour à la majorité a tranché l'affaire en fonction du motif limité que l'ordonnance visée par le pourvoi était indûment spéculative. Le juge Chouinard ajoute [aux pp. 416 et 417]:

«Ce n'est pas à dire que l'obligation de secours entre ex-conjoints doit survivre indéfiniment à la dissolution du lien matrimonial, ni qu'un conjoint peut compter être indéfiniment à la remorque de l'autre ou bénéficier par l'effet de son mariage d'une pension à vie, ou se complaire dans l'indolence aux dépens de l'autre, suivant les expressions que l'on rencontre dans certains écrits sur le sujet. . .»

Toutefois, comme les faits en cause étaient tels que l'exception ne pouvait jouer, le juge Kerans a conclu qu'il n'était pas nécessaire de pousser plus loin son investigation.

(2) Les privations imposées indirectement aux enfants

La seconde catégorie que mentionne le juge Blair dans l'arrêt *Webb* est formée de cas où les modalités d'une convention valide et exécutoire portent préjudice au bien-être des enfants confiés à la garde de l'ex-conjoint à charge. S'il est raisonnablement clair qu'un père ou une mère ne peuvent aliéner la créance alimentaire que détient l'enfant contre ses parents et que les tribunaux peuvent ainsi toujours intervenir pour modifier les modalités convenues relativement au soutien d'un enfant, il reste que la question plus difficile qui se pose est de savoir si les tribunaux devraient reconnaître la réalité que les soins prodigués aux enfants sont inextricablement liés au bien-être du parent nourricier. Ainsi, dans certaines circonstances, refuser des aliments au conjoint a pour résultat d'imposer des privations aux enfants issus du mariage.

J'ai déjà proposé de répondre par l'affirmative à cette question dans l'article intitulé «The Variation of Support Orders», que l'on trouve dans Rosalie S. Abella et Claire L'Heureux-Dubé (éd.), *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), et cette opinion jouit maintenant d'un certain appui dans la jurisprudence.

In *Jull v. Jull, supra*, the parties entered into an agreement at the time of divorce which gave custody of the children to the wife as well as more than her share of the matrimonial assets. The wife waived her claim to maintenance and the husband undertook to pay child support. At the time the wife ran a profitable business. However, two years later because of a downturn in the economy her business suffered a loss. She had no other source of income. She applied to vary the divorce decree in order to obtain spousal maintenance and increased child maintenance.

Kerans J.A. for the Court of Appeal examined the various approaches. As mentioned earlier, he expressed dissatisfaction with the notion that an applicant's dependence on public assistance is a justification for judicial interference with the parties' contract. He then quoted from the authorities favouring freedom of contract in the interest of finality and concluded at p. 118:

I am inclined to agree that the standards for interference offer too little security to contractual arrangements and must tend to discourage settlements at least where both spouses keep their careers throughout the marriage and there are no children. In such cases, it is curious that we would refuse to enforce a bargain arrived at by two competent and informed equals, and I think that the Alberta courts have tended to affirm this view.

Kerans J.A. also pointed out that it could reasonably be assumed that the wife's waiver of spousal maintenance was given partly in consideration for an unequal division of assets in her favour. In his view this was a circumstance which spoke strongly against interference. However, he went on to find that the issue of spousal support could not be disentangled from the issue of child support. He wrote at pp. 118-19:

On the other hand, one cannot, in this case, treat spousal maintenance in isolation from the problem of support for the children. The figure ordered directly in the name of the children was, apparently, settled by consent. This does not deprive the court, however, of

Dans l'arrêt *Jull v. Jull*, précité, les parties avaient, au moment du divorce, conclu une convention en vertu de laquelle la garde des enfants était confiée à l'épouse qui obtenait aussi plus que sa part des biens matrimoniaux. La femme renonçait à sa créance alimentaire et le mari s'engageait à verser des aliments aux enfants. À cette époque, l'épouse était à la tête d'une entreprise lucrative. Mais, deux années plus tard, à cause d'un revirement de l'économie, son entreprise a subi des pertes. Elle ne disposait d'aucune autre source de revenus. Elle a demandé la modification du jugement de divorce, afin d'obtenir des aliments pour elle-même et la hausse de ceux versés aux enfants.

Le juge Kerans de la Cour d'appel a étudié les divers points de vue. Comme je l'ai dit auparavant, il s'est dit mécontent de la notion selon laquelle le fait qu'un requérant soit tributaire de l'aide sociale justifie l'intervention du juge dans le contrat conclu par les parties. Il cite alors la jurisprudence qui favorise la liberté contractuelle afin d'assurer le caractère définitif, et conclut, à la p. 118:

[TRADUCTION] Je suis enclin à convenir que les normes d'intervention n'offrent pas assez de protection aux arrangements contractuels et qu'elles ont nécessairement pour effet de décourager les conventions, au moins lorsque les deux conjoints ont continué de faire carrière tout au long du mariage et qu'il n'ont pas d'enfant. Dans de tels cas, il serait curieux que nous refusions de donner effet à un marché conclu entre deux personnes égales, juridiquement capables et éclairées; je pense que les tribunaux albertains ont eu tendance à confirmer ce point de vue.

Le juge Kerans a aussi fait remarquer qu'on pouvait raisonnablement présumer que si la femme avait renoncé à recevoir des aliments, c'était partiellement en échange d'un partage inégal des biens en sa faveur. De l'avis du juge, c'était là une circonstance qui militait fortement contre toute intervention. Mais il a conclu en outre que la question du soutien du conjoint ne pouvait être séparée de celle du soutien des enfants. Voici ce qu'il écrit, aux pp. 118 et 119:

[TRADUCTION] D'autre part, on ne peut, en l'espèce, traiter la question du soutien du conjoint séparément de la question du soutien des enfants. Le montant fixé directement à l'intention des enfants l'a été, apparemment, par consentement. Toutefois, cela ne prive pas le

jurisdiction to make a different order. The comfortable standard of living previously offered to these children by these parents could not possibly be maintained at \$150 or indeed at \$225 monthly. These awards assume that somebody is making a major contribution by some other means. An examination of the \$1,800 monthly expenditure of the mother demonstrates that the bulk is expended for the children. This is not a case where the mother has received a handsome property settlement or lump sum maintenance to provide for such expenses. It is a proper case to accept and apply this observation by Wilson J. [“The Variation of Support Orders”, *op. cit.*] (at p. 42):

“While it may make sense in principle to differentiate between the enforceability of separation agreements as they affect child maintenance as opposed to spousal maintenance, I wonder whether as a practical matter we may not to some extent be deluding ourselves when we do this. A family is an indivisible economic unit. When a needy spouse is denied maintenance because she has unwisely, but freely, bargained her rights away, the children who live with that spouse inevitably are affected adversely. Anderson J. of the British Columbia Supreme Court in *Sumner v. Sumner* (1973), 12 R.F.L. 324 at 325, recognized the realities of the situation:

‘In conclusion, I wish to add that in my opinion the children have a right to an increased standard of living, in accordance with the combined increase in the earnings of their parents. This increase in the standard of living cannot be limited to the children. The family unit cannot be divided into parts so that the standard of living of the children increases while that of their mother, who maintains and cares for them, remains the same. This will be so even if the petitioner would not have been entitled to increased maintenance for herself had the children remained with and been maintained by the father.’”

Kerans J.A. accordingly granted the wife’s appeal and made an order for spousal maintenance.

The principle in *Jull* was also applied in the Nova Scotia Family Court in *Binns v. Binns* (1985) 45 R.F.L. (2d) 369. As in the former case, the wife in *Binns* obtained custody of the children of the marriage and waived her right to spousal maintenance in a separation agreement. A few

tribunal de son pouvoir de rendre une ordonnance différente. Le niveau de vie aisé dont ces parents faisaient auparavant bénéficier leurs enfants ne saurait être maintenu par une pension mensuelle de 150 \$, ni même de 225 \$. Ces pensions laissent présupposer que quelqu’un apporte une contribution majeure par quelque autre moyen. Un examen des 1 800 \$ dépensés mensuellement par la mère démontre que cette somme est en majeure partie consacrée aux enfants. Il ne s’agit pas d’un cas où la mère a reçu certains biens importants à titre de règlement ou un montant alimentaire forfaitaire quelconque permettant de pourvoir à de telles dépenses. C’est un cas où il convient d’accepter et d’appliquer cette observation du juge Wilson [“The Variation of Support Orders”, *op. cit.*] (à la p. 42):

«S’il paraît logique en principe d’établir une distinction entre la possibilité de forcer l’exécution des conventions de séparation qui touchent aux aliments à verser aux enfants par opposition à ceux à verser au conjoint, je me demande si, en pratique, nous ne nous leurrions pas jusqu’à un certain point en faisant cela. La famille constitue une unité économique indivisible. Lorsqu’un conjoint nécessairement se voit refuser des aliments parce qu’il a imprudemment mais librement renoncé à ses droits, les enfants qui vivent avec lui en souffrent inévitablement. Le juge Anderson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans la décision *Sumner v. Sumner* (1973), 12 R.F.L. 324, à la p. 325, était conscient de la situation réelle:

«En conclusion, je tiens à ajouter qu’à mon avis les enfants ont droit à une hausse de leur niveau de vie proportionnelle à la hausse totale des revenus de leurs parents. Cette hausse de niveau de vie ne saurait être limitée aux enfants. La cellule familiale ne saurait être démembrée de façon que le niveau de vie des enfants s’élève alors que celui de leur mère, qui voit à leur entretien et prend soin d’eux, demeure le même. Il en sera ainsi même si la requérante n’avait pas eu droit à une hausse d’aliments pour elle-même, si les enfants avaient été confiés au père et entretenus par lui.»

Le juge Kerans a donc fait droit à l’appel formé par la femme et rendu une ordonnance alimentaire à son profit.

Le principe de l’arrêt *Jull* a aussi été appliqué par le tribunal de la famille de la Nouvelle-Écosse dans son arrêt *Binns v. Binns* (1985), 45 R.F.L. (2d) 369. Comme dans l’affaire précédente, l’épouse, dans l’affaire *Binns*, avait obtenu la garde des enfants issus du mariage et avait renoncé à son

years later the wife left her job in order to care for her children full time. The husband agreed to increase his child support payments. As well, the wife sought spousal maintenance for herself under s. 11(2). Butler Fam. Ct. J. granted the application. He commented on *Jull* as follows at p. 374:

It is interesting to note that the Court of Appeal of Alberta took this action in spite of the minutes of settlement. What is more interesting is that the court linked the mother to the children. The children being deprived because of the mother's dire circumstances brought the matter to the court's attention and she was granted her maintenance. There appears to have been no concern about the fact that a benefit was being conferred on the mother as long as the children benefited.

(3) Unconscionability

Blair J.A.'s third category comprises cases in which the maintenance provisions are part of an invalid and unenforceable contract. Zuber J.A. treats this as a separate category entirely and I think rightly so. If the contract is invalid then the question as to whether or not the court should defer to its terms disappears. Thus, unconscionability in the technical sense, it seems to me, is not properly a part of this discussion. However, I would like to address the comment of Lambert J.A. that unconscionability is only indirectly relevant to a s. 11(2) application since the order made under s. 11(1) would not be a nullity even if the agreement it incorporated was found to be unconscionable. While this is technically correct, it seems to me that a court in these circumstances would legitimately feel less constrained in exercising its power to vary, the rationale for judicial restraint being deference to presumably valid arrangements. Conversely, I agree with Zuber J.A.'s view in *Farquar* that, where the incorporated agreement is valid, the fact of its incorporation into the order does not add much weight. What is important is the fact that the parties endeavoured to settle their obligations through negotiation rather than litiga-

droit à des aliments dans une convention de séparation. Quelques années plus tard, la femme quittait son travail pour s'occuper à plein temps de ses enfants. Le mari accepta de hausser la pension alimentaire des enfants. De même, la femme demanda une pension alimentaire pour elle-même en se fondant sur le par. 11(2). Le juge Butler du tribunal de la famille a fait droit à la demande. Il a commenté l'arrêt *Jull* dans les termes suivants à la p. 374:

[TRADUCTION] Il est intéressant de noter que la Cour d'appel de l'Alberta a agi en ce sens malgré la convention. Ce qui est encore plus intéressant, c'est que la cour a lié les intérêts de la mère à ceux des enfants. Les enfants qui subissaient un préjudice du fait de l'état de dénuement de la mère, ont porté cela à l'attention de la cour qui lui a accordé des aliments. On ne paraît pas s'être préoccupé du fait que la mère se voyait ainsi conférer un avantage, dans la mesure où les enfants en profitaient.

(3) La lésion

La troisième catégorie énumérée par le juge Blair regroupe les cas où les stipulations alimentaires font partie d'un contrat invalide et inexécutoire. Le juge Zuber considère cette catégorie comme entièrement distincte, et ce, à bon droit je pense. Si le contrat est invalide, alors la question de savoir si le tribunal doit ou non s'en tenir à ses modalités disparaît. Ainsi, la lésion au sens technique, me semble-t-il, ne fait pas proprement partie de la présente analyse. Je tiens néanmoins à aborder les observations du juge Lambert, selon lesquelles la lésion n'est pertinente qu'indirectement dans le cas d'une requête fondée sur le par. 11(2), puisque l'ordonnance rendue en vertu du par. 11(1) ne saurait être nulle, même si la convention qui y est incorporée devait être jugée lésionnaire. Bien que cela soit vrai en principe, il me semble que, dans ces circonstances, un tribunal se sentirait, à bon droit, moins limité dans l'exercice de son pouvoir de modification, la raison de la non-intervention des juges étant leur respect pour des arrangements présumément valides. À l'inverse, je suis d'accord avec le point de vue exprimé par le juge Zuber dans l'arrêt *Farquar* que, lorsque la convention incorporée est valide, le fait qu'elle soit incorporée dans l'ordonnance n'ajoute pas beaucoup de poids. Ce qui importe, c'est que les parties

tion and arrived at a valid and enforceable agreement.

VII. Conclusions

The need to compensate for systemic gender-based inequality advanced by Matas J.A. in *Ross* forms a counterpoint to the need for finality identified by Anderson J. in *Dal Santo* and approved by Zuber J.A. in *Farquar* and Lambert J.A. in the present appeal. The Alberta Court of Appeal in *Jull* describes the tension in terms of the competing values of fairness and freedom. While I am in sympathy with Matas J.A.'s concern, I believe that the case by case approach and the continuing surveillance by the courts over the consensual arrangements of former spouses which he advocates will ultimately reinforce the very bias he seeks to counteract. In addition, I believe that every encouragement should be given to ex-spouses to settle their financial affairs in a final way so that they can put their mistakes behind them and get on with their lives. I would, with all due respect, reject the Manitoba Court of Appeal's broad and unrestricted interpretation of the court's jurisdiction in maintenance matters. It seems to me that it goes against the main stream of recent authority, both legislative and judicial, which emphasizes mediation, conciliation and negotiation as the appropriate means of settling the affairs of the spouses when the marriage relationship dissolves.

However, as I stated at the outset, the *Hyman* principle that parties cannot by contract oust the jurisdiction of the court in matters of spousal maintenance is an established tenet of Canadian law. The question thus becomes the nature and extent of the constraint imposed on the courts by the presence of an agreement which was intended by the parties to settle their affairs in a final and conclusive manner. The *Webb* standard of catastrophic change (by which is meant, I believe, that the change must be "dramatic" or "radical" or "gross", not that it must be the result of a catastrophe) is one attempt to reconcile the competing values represented by *Farquar* and *Ross* and still remain within the ambit of the *Hyman* principle

aient cherché à fixer leurs obligations par la négociation plutôt que par le débat judiciaire et qu'elles soient arrivées à un accord valide et exécutoire.

VII. Conclusions

a La nécessité de contrebalancer l'inégalité systématique fondée sur le sexe, dont parle le juge Matas dans l'arrêt *Ross*, fait contrepois au besoin de caractère définitif identifié par le juge Anderson dans la décision *Dal Santo* qui a été approuvée par le juge Zuber dans l'arrêt *Farquar* et par le juge Lambert en l'espèce. La Cour d'appel de l'Alberta, dans l'arrêt *Jull*, décrit cette tension en fonction des valeurs concurrentes de l'équité et de la liberté. b Certes, je partage le souci du juge Matas, mais je crois que l'étude cas par cas et la surveillance constante par les tribunaux des arrangements consensuels intervenus entre ex-époux, qu'il préconise, c finiront par renforcer l'inéquité même qu'il cherche à combattre. De plus, je crois que les anciens conjoints devraient toujours être encouragés à régler définitivement leurs affaires financières, de manière à pouvoir laisser derrière eux leurs erreurs et à refaire leur vie. Je rejetterais, avec égards, d l'interprétation large et illimitée que la Cour d'appel du Manitoba donne à la compétence d'un tribunal en matière alimentaire. Elle me semble aller à l'encontre du principal courant du droit récent, tant législatif que prétorien, qui met l'accent sur la médiation, la conciliation et la négociation comme moyens appropriés pour les époux de régler leurs affaires au moment de la dissolution e du lien conjugal. f g

Toutefois, comme je l'ai dit au départ, le principe de l'arrêt *Hyman* selon lequel les parties ne peuvent écarter par contrat la compétence du tribunal en matière alimentaire conjugale constitue un précepte bien établi du droit canadien. La question devient donc celle de la nature et de l'étendue des restrictions imposées aux tribunaux par l'existence d'une convention qui, selon l'intention des parties, devait régler leurs affaires de manière définitive et décisive. La norme du changement catastrophique énoncée dans l'arrêt *Webb* (qui signifie, selon moi, que le changement doit être «dramatique» ou «radical», et non pas qu'il doit résulter d'une catastrophe) est une tentative de concilier les valeurs concurrentes représentées par

and the language of the statute. However, although I agree that radical change should be an important factor in a court's decision to interfere with freely negotiated minutes of settlement, by itself it provides too imprecise a standard. It fails to relate the change in any way to the fact of the marriage so as to justify attributing responsibility for it to the former spouse. Moreover, the legitimation offered in *Webb* and by Wong L.J.S.C. in the present appeal in terms of a change which negates a fundamental premise of the contract provides no guidance whatsoever in cases of totally unexpected and unanticipated misfortunes.

The approach taken by Zuber J.A. in *Farquar* also falls short of articulating a workable criterion by failing to identify the requisites of the "narrow range of cases". I do, however, agree with Zuber J.A.'s emphasis on the importance of finality in the financial affairs of former spouses and that considerable deference should be paid to the right and the responsibility of individuals to make their own decisions.

It seems to me that where the parties have negotiated their own agreement, freely and on the advice of independent legal counsel, as to how their financial affairs should be settled on the breakdown of their marriage, and the agreement is not unconscionable in the substantive law sense, it should be respected. People should be encouraged to take responsibility for their own lives and their own decisions. This should be the overriding policy consideration.

The test of radical change in *Webb* is an attempt to carve a fairly narrow exception to the general policy of restraint. It fails, however, in my opinion in one important particular. It makes the mere magnitude of the change the justification for the Court's intervention and takes no account of whether or not the change is in any way related to the fact of the marriage. In order to impose responsibility for changed circumstances on a former spouse it seems to me essential that there be some relationship between the change and the marriage. Matas J.A. hinted at this in *Ross*. In the case of a

les arrêts *Farquar* et *Ross*, et demeure néanmoins fidèle au principe de l'arrêt *Hyman* et à la lettre de la loi. Mais, bien que je reconnaisse qu'un changement radical constituerait un facteur important dans la décision d'un tribunal d'intervenir dans une convention librement négociée, c'est en soi une norme trop imprécise. Elle ne relie aucunement le changement au mariage de manière à justifier d'en attribuer la responsabilité à l'ancien conjoint. De plus, la légitimation qu'offrent l'arrêt *Webb* et le juge Wong en l'espèce, au sens d'un changement qui anéantirait une hypothèse fondamentale du contrat, ne peut nous guider dans les cas d'infortunes totalement imprévues et inattendues.

Le point de vue adopté par le juge Zuber dans l'arrêt *Farquar* est également loin de formuler un critère pratique du fait qu'il ne dégage pas les caractéristiques requises de la «catégorie de cas limitée». Je conviens cependant avec le juge Zuber qu'on ne saurait trop souligner l'importance du caractère définitif dans les affaires financières des anciens conjoints et de tout le respect qui devrait être accordé au droit et à l'obligation qu'ont les individus de prendre leurs propres décisions.

Il me semble que lorsque les parties ont d'elles-mêmes, librement et après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants, négocié une convention sur la façon de régler leurs affaires financières au moment de la rupture de leur mariage, et que cette convention n'est pas lésionnaire au sens du droit positif, elle devrait être respectée. Les gens devraient être encouragés à assumer la responsabilité de leur propre vie et de leurs propres décisions. Ce devrait être là le souci d'ordre public prédominant.

Le critère du changement radical énoncé dans l'arrêt *Webb* constitue une tentative de création d'une exception passablement limitée à la politique générale de non-intervention. Cependant, j'estime qu'il échoue sur un aspect important. Il justifie par la simple ampleur du changement l'intervention du tribunal, sans tenir compte des rapports que le changement peut avoir avec le mariage lui-même. Pour imputer à un ancien conjoint la responsabilité d'un changement de circonstances, il me semble essentiel qu'il y ait un rapport quelconque entre ce changement et le mariage. Le juge Matas avait

wife who has devoted herself exclusively to home and children and has acquired no working skills outside the home, this relationship is readily established. The former spouse in these circumstances should have a responsibility for a radical change in his ex-wife's circumstances generated as a consequence of her total dependency during the period of the marriage. By way of contrast, a former spouse who simply falls upon hard times through unwise investment, business adversity, or a life style beyond his or her means should not be able to fall back on the former spouse, no matter how radical the change may be, simply because they once were husband and wife.

Absent some causal connection between the changed circumstances and the marriage, it seems to me that parties who have declared their relationship at an end should be taken at their word. They made the decision to marry and they made the decision to terminate their marriage. Their decisions should be respected. They should thereafter be free to make new lives for themselves without an ongoing contingent liability for future misfortunes which may befall the other. It is only, in my view, where the future misfortune has its genesis in the fact of the marriage that the court should be able to override the settlement of their affairs made by the parties themselves. Each marriage relationship creates its own economic pattern from which the self-sufficiency or dependency of the partners flows. The assessment of the extent of that pattern's post-marital impact is essentially a matter for the judge of first instance. The causal connection between the severe hardship being experienced by the former spouse and the marriage provides, in my view, the necessary legal criterion for determining when a case falls within the "narrow range of cases" referred to by Zuber J.A. in *Farquar*. It is this element which is missing in *Webb*. Accordingly, where an applicant seeking maintenance or an increase in the existing level of maintenance establishes that he or she has suffered a radical change in circumstances flowing from an economic pattern of dependency engendered by the marriage, the court may exercise its relieving

déjà fait allusion à cela dans l'arrêt *Ross*. Dans le cas d'une épouse qui s'est consacrée exclusivement à son foyer et à ses enfants et qui n'a acquis aucune compétence professionnelle en dehors du foyer, ce rapport s'établit facilement. L'ancien conjoint, dans ces circonstances, devrait assumer la responsabilité d'un changement radical de la situation de son ex-épouse découlant de son état de dépendance totale pendant la durée du mariage. À l'inverse, l'ancien conjoint qui doit faire face à des temps difficiles simplement parce qu'il a fait des placements risqués, parce qu'il subit un revers en affaires ou parce qu'il vit au-dessus de ses moyens, ne devrait pas pouvoir se retourner contre son ancien conjoint, si radical que ce changement puisse être, simplement parce qu'ils ont déjà été mariés.

En l'absence d'un lien de causalité entre le changement de circonstances et le mariage, il me semble que les parties qui déclarent mettre fin à leurs rapports devraient être prises au mot. Elles ont décidé de se marier, puis de dissoudre leur mariage. Leurs décisions devraient être respectées. Elles devraient par la suite être libres de refaire leur vie sans avoir à assumer une responsabilité contingente permanente pour les éventuelles infortunes de l'autre. Ce n'est, à mon avis, que lorsque cette éventuelle infortune tire son origine du mariage lui-même que le tribunal devrait pouvoir passer outre au règlement de leurs affaires, auquel elles sont elles-mêmes arrivées. Chaque relation conjugale crée son propre régime économique dont découle l'autosuffisance ou l'état de dépendance des partenaires. L'évaluation de l'étendue des répercussions post-conjugales de ce régime est essentiellement l'affaire du juge de première instance. Le lien de causalité entre les difficultés importantes éprouvées par l'ancien conjoint et le mariage offre, à mon avis, le critère juridique nécessaire pour déterminer quand une affaire se situe dans la «catégorie de cas limitée» dont parle le juge Zuber dans l'arrêt *Farquar*. C'est cet élément qui manque dans l'arrêt *Webb*. En conséquence, lorsque la personne qui fait une demande de pension alimentaire ou de majoration d'une pension alimentaire établit qu'elle a été victime d'un changement radical de circonstances, découlant d'un état de dépendance économique engendré

power. Otherwise, the obligation to support the former spouse should be, as in the case of any other citizen, the communal responsibility of the state.

VIII. Disposition of the Appeal

The dependency of the appellant Mrs. Pelech on social assistance is evidence of the extremity of her need. In addition, there are the observations of Wong L.J.S.C. at trial that her impoverishment is dire and her future prospects limited if not non-existent. However, although I agree with him that her present state evidences "a gross change in circumstances" since the time of the original order incorporating the minutes of settlement in 1969, no link is found by the trial judge between the change of circumstances and her former marriage to Mr. Pelech. Indeed, quite the contrary. Wong L.J.S.C. found that the psychological problems which have resulted in her inability to care for herself pre-dated the marriage and contributed to its failure. He specifically rejected the submission that they stemmed from the marriage or from the behaviour of the respondent during it.

Wong L.J.S.C. also rejected the submission that the agreement was improvident and unconscionable. He found that it was entered into freely by Mrs. Pelech on the advice of counsel and was perfectly fair at the time it was made. He found, however, that the basic premise on which it was entered into, namely that Mrs. Pelech would be able to work and support herself, had not materialized.

While I realize that Mrs. Pelech's present hardship is great, to burden the respondent with her care fifteen years after their marriage has ended for no other reason than that they were once husband and wife seems to me to create a fiction of marital responsibility at the expense of individual responsibility. I believe that the courts must recognize the right of the individual to end a

par le mariage, le tribunal peut exercer son pouvoir de redressement. Dans les autres cas, l'obligation de soutenir l'ancien conjoint devrait être, comme dans le cas de tout autre citoyen, la responsabilité commune de l'État.

VIII. Dispositif

Le fait que l'appelante, M^{me} Pelech, soit tributaire de l'aide sociale est la preuve de l'état d'extrême nécessité dans lequel elle se trouve. En outre, il y a les observations faites par le juge Wong, en première instance, selon lesquelles son dénuement est extrême et ses perspectives d'avenir sombres, voire désespérées. Mais, bien que je convienne avec lui que sa situation présente démontre [TRADUCTION] «un changement radical de circonstances» depuis l'époque où a été rendue la première ordonnance qui incorporait la convention de 1969, le juge de première instance n'a constaté l'existence d'aucun rapport entre ce changement de circonstances et son ancien mariage avec M. Pelech. En vérité, c'est tout le contraire. Le juge Wong a constaté que ses problèmes psychologiques, à l'origine de son incapacité de subvenir à ses propres besoins, remontaient à une époque antérieure au mariage et ont contribué à son échec. Il a expressément rejeté l'argument selon lequel ils résultaient du mariage ou du comportement de l'intimé au cours de celui-ci.

Le juge Wong a aussi rejeté la prétention que la convention ne tenait aucun compte de l'avenir et était lésionnaire. Il a jugé que M^{me} Pelech y avait souscrit librement, après avoir consulté un avocat, et que cette convention était parfaitement équitable au moment où elle a été conclue. Il a jugé cependant que l'hypothèse fondamentale sur laquelle elle se fondait, soit que M^{me} Pelech pourrait travailler et subvenir à ses propres besoins, ne s'était pas concrétisée.

Tout en étant consciente du grand dénuement dans lequel se trouve actuellement M^{me} Pelech, il me semble qu'imposer à l'intimé le fardeau de prendre soin d'elle, quinze ans après la rupture de leur mariage, pour la seule raison qu'ils ont déjà été mariés revient à créer une fiction de responsabilité conjugale aux dépens de la responsabilité individuelle. Je crois que les tribunaux doivent

relationship as well as to begin one and should not, when all other aspects of the relationship have long since ceased, treat the financial responsibility as continuing indefinitely into the future. Where parties, instead of resorting to litigation, have acted in a mature and responsible fashion to settle their financial affairs in a final way and their settlement is not vulnerable to attack on any other basis, it should not, in my view, be undermined by courts concluding with the benefit of hindsight that they should have done it differently.

For these reasons I would dismiss the appeal. I would make no award as to costs.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—This case is concerned with the nature of “the change in the conditions, means or circumstances” that will, under s. 11(2) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, justify a court in ordering a variation of an order for maintenance made under s. 11(1) of that Act. I have had the advantage of reading the judgment of my colleague, Justice Wilson, and I agree with her proposed disposition of this case. I also agree with her reasons for judgment regarding the jurisdictional issues and, subject to the remarks in this judgment and in my judgment in the companion case of *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, with those regarding the meaning and effect of s. 11(2) as well. It may be useful, however, for me to succinctly set forth my views on some of the central issues in my own words.

Inherent in the nature of divorce is the element of finality. Spouses wish to put an end to their relationship and Parliament has provided a legal procedure for doing so. All aspects of the marital relationship should, as much as possible, come to an end on divorce. As Lamer J., McIntyre and Wilson JJ. concurring, put it in *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401, at p. 421: “If the divorce terminates the marriage, it is desirable that the *Divorce Act* should apply to ensure the termination of all relations, even those that are financial, pro-

reconnaître à l'individu le droit de mettre fin à une relation tout comme celui d'en commencer une et qu'ils ne devraient pas, lorsque tous les autres aspects de la relation ont depuis longtemps cessé d'exister, considérer que la responsabilité financière se prolonge indéfiniment dans l'avenir. Lorsque les parties, au lieu d'avoir recours à la justice, ont agi en adultes responsables pour régler leurs affaires financières d'une manière définitive, et que le règlement ne peut être contesté sur aucun autre fondement, les tribunaux ne devraient pas, à mon avis, miner ce règlement en concluant, après coup, que les parties auraient dû régler leurs affaires différemment.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Cette affaire porte sur la nature du «changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances» qui, aux termes du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8, permet à un tribunal de modifier une ordonnance alimentaire rendue en vertu du par. 11(1) de la Loi. J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge Wilson et je souscris à la solution qu'elle propose d'apporter au litige. Je souscris aussi à ses motifs de jugement concernant les moyens déclinatoires et également, sous réserve des remarques que je fais en l'espèce et dans l'affaire connexe *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, concernant le sens et l'effet du par. 11(2). Toutefois, il peut être utile que j'expose succinctement, dans mes propres termes, mon opinion sur certains des principaux points litigieux.

Le caractère définitif est un élément inhérent au divorce. Les conjoints veulent mettre fin à leur relation et le législateur fédéral leur a prescrit une procédure pour ce faire. Tous les aspects du lien conjugal devraient, autant que faire se peut, disparaître avec le divorce. Comme l'a affirmé le juge Lamer, à l'opinion duquel ont souscrit les juges McIntyre et Wilson, dans l'arrêt *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401, à la p. 421: «Si le divorce met fin au mariage, il est souhaitable que la *Loi sur le divorce* s'applique de façon à favoriser

ided—this must be borne in mind—that such a thing is possible.” Lamer J. was dissenting in that case, but I see no real difference on this point between him and Chouinard J. who gave the majority judgment. At page 416, Chouinard J., speaking of the situation in that case, made it clear that “the obligation of support between ex-spouses should [not] continue indefinitely when the marriage bond is dissolved, or that one spouse can continue to be a drag on the other indefinitely . . .”.

Yet as the proviso in Lamer J.’s judgment indicates, it is often not possible for all financial ties to be severed on divorce, and it becomes necessary to “require that the former spouse who does not have an economic need created by the marriage to assist the one who has such a need to become financially rehabilitated”. (The words are those of the Law Reform Commission of Canada in its Working Paper No. 12, *Maintenance on Divorce* (1975), p. 30, which is cited with approval by Lamer J. at pp. 421-22.) Moreover, both the Commission and Lamer J. recognize that in some cases maintenance must be permanent.

Section 11(1) provides for all these eventualities with its intentional flexibility, to use Chouinard J.’s phrase. In some respects, it is true, as he points out, that a maintenance award is never final, for Parliament has by s. 11(2) provided for variations to maintenance orders where there is any change in the conditions, means of other circumstances of the parties. Chouinard J.’s words must, however, be read in the context in which they were made, one involving periodic maintenance where the wife had as yet been unable to find employment following the divorce.

The situation here is entirely different. Where the parties have attempted to finally settle their financial situation and a court, in the exercise of its discretion under s. 11(1), has confirmed that settlement as being “fit and just”, the element of finality inherent in divorce and in such an arrange-

la fin de toutes relations, mêmes financières, toujours, il est bon de le rappeler, lorsque la chose est possible.» Le juge Lamer était dissident dans cette affaire, mais je ne vois pas de véritable différence sur ce point entre lui et le juge Chouinard, auteur de l’arrêt majoritaire. À la page 416, le juge Chouinard, parlant de la situation dans cette affaire, affirme clairement que «l’obligation de secours entre ex-conjoints [ne] doit [pas] survivre indéfiniment à la dissolution du lien matrimonial [. . . et] qu’un conjoint [ne] peut compter être indéfiniment à la remorque de l’autre. . .»

Mais pourtant, comme l’indique la réserve dans les motifs du juge Lamer, souvent il n’est pas possible que tous les liens financiers soient rompus au moment du divorce, aussi devient-il nécessaire d’intervenir pour que l’ex-époux n’ayant aucun besoin financier créé par le mariage, soit tenu d’aider l’autre qui a besoin de cette aide pour se réadapter financièrement.» (Ces termes sont ceux qu’emploie la Commission de réforme du droit du Canada dans son document de travail n° 12, intitulé *Les divorcés et leur soutien* (1975), à la p. 33, que cite et approuve le juge Lamer aux pp. 421 et 422.) De plus, la Commission et le juge Lamer reconnaissent tous les deux que, dans certains cas, le soutien alimentaire doit être permanent.

Le paragraphe 11(1) pourvoit à toutes ces éventualités avec la souplesse voulue, pour reprendre l’expression du juge Chouinard. À certains égards, il est vrai, comme il le fait remarquer, une ordonnance alimentaire n’est jamais définitive, car le Parlement a prévu, au par. 11(2), la possibilité de modifier les ordonnances alimentaires quand survient un changement de l’état ou des facultés de l’une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent. Il faut cependant situer les propos du juge Chouinard dans leur contexte, celui d’une pension alimentaire échelonnée où la femme n’était pas encore parvenue à se trouver un emploi après le divorce.

La situation ici est entièrement différente. Lorsque les parties ont tenté de régler définitivement leur situation financière et qu’un tribunal, dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 11(1), a confirmé cette convention comme étant «juste et appropriée», le caractère

ment must be respected in the absence of the most cogent reasons. As Wilson J. has stated extrajudicially, "The court applied to must start off with the premise that the order sought to be varied was a proper one when made"; see her paper, "The Variation of Support Orders" in Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé (eds.), *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), p. 35, at p. 36. Here it is not argued that the original order was inequitable. The trial judge stated that viewed objectively, even in retrospect, he could not say the settlement was unfair.

Where, in my view, the trial judge erred was in the changes he took into account in ordering a variation. There were undoubtedly marked changes in the fortunes of the parties. Mr. Pelech's affairs prospered and he is now a wealthy man. By contrast, Mrs. Pelech, owing to ill health, is unable to work and is now receiving public assistance. But neither the affluence of the one nor the poverty of the other is really attributable to the marriage or the marriage settlement. They arise, rather, from circumstances unconnected with them.

So far at least as spousal maintenance is concerned, I agree with Wilson J. that in employing the phrase "any change" in s. 11(2), Parliament did not have in mind changes having no real causal connection with the marriage relationship or the settlement. Broad general words like these must, of course, be read in context and in light of the intention of Parliament. What Parliament has sought to do by the *Divorce Act* is to bring an end to the marriage while providing a mechanism to apportion equitably the burden of the economic disadvantages that may have resulted to a spouse by reason of the marriage. Mrs. Pelech's misfortune has resulted in her being a charge on the public purse. But that is no reason to transfer that burden to Mr. Pelech simply because he has had good fortune. The obligation to support her in such a case is on the public. This is not a case, as in my

définitif inhérent au divorce et à un tel arrangement doit être respecté en l'absence des raisons les plus convaincantes. Comme le juge Wilson l'a déjà dit en dehors du prétoire: [TRADUCTION] «Le tribunal saisi doit au départ tenir pour acquis que l'ordonnance qu'on demande de modifier était appropriée lorsqu'elle a été rendue»; voir son article intitulé «The Variation of Support Orders» dans Rosalie S. Abella et Claire L'Heureux-Dubé (éd.), *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), p. 35, à la p. 36. On ne prétend pas ici que l'ordonnance initiale était inéquitable. Le juge de première instance a affirmé qu'objectivement, même après coup, il ne pouvait dire que la convention était inéquitable.

Là où, à mon avis, le juge de première instance a eu tort, c'est dans les changements dont il a tenu compte pour ordonner la modification. Il ne fait aucun doute que des changements marqués sont survenus dans le sort des parties. Les affaires de M. Pelech ont prospéré et c'est maintenant un homme riche. Au contraire, M^{me} Pelech, en raison d'une mauvaise santé, est incapable de travailler et doit maintenant avoir recours à l'aide sociale. Mais ni la richesse de l'un ni la pauvreté de l'autre ne sont vraiment attribuables au mariage ou à la convention qui y a mis un terme. Ils découlent plutôt de circonstances n'ayant aucun rapport avec ceux-ci.

Pour ce qui est à tout le moins des aliments dus au conjoint, je conviens avec le juge Wilson qu'en employant l'expression «tout changement» au par. 11(2), le législateur ne pensait pas à des changements n'ayant aucun lien de causalité réel avec le mariage ou la convention. Des termes aussi généraux que ceux-ci doivent, bien entendu, être situés dans leur contexte et interprétés en tenant compte de l'intention du législateur. Ce que le législateur a voulu faire au moyen de la *Loi sur le divorce*, c'est de mettre fin au mariage, tout en prévoyant un mécanisme de partage équitable des désavantages économiques, liés à l'existence du mariage, qui pourraient en résulter pour un conjoint. L'infortune de M^{me} Pelech a fait qu'elle est à la charge du trésor public. Mais ce n'est pas là une raison pour transférer ce fardeau à M. Pelech, simplement parce qu'il a été plus fortuné. L'obligation de

view *Richardson* is, where the poverty of the spouse results from the marriage.

It is not so much that the changes in circumstances are not radical that is important here, but that these changes are irrelevant to the nature of the change required to warrant a variation. I might add that I agree that the changes will usually need to be of a highly significant character to warrant a variation of a settlement incorporated in an original maintenance order. However, I can imagine cases beyond those of unconscionability in the technical sense where it is not so much the dimensions of the change as the circumstances existing at the time the original order was made that will warrant the making of a variation, but these too will be highly exceptional cases.

For these reasons, I would dispose of the appeal in the manner proposed by Wilson J.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Buffam, Hall, Victoria.

Solicitors for the respondent: Stewart, Aulinger & Company, Vancouver.

soutien dans un cas comme celui-ci revient à la société. Il ne s'agit pas d'un cas, comme en est un à mon avis celui de *Richardson*, où la pauvreté du conjoint résulte du mariage.

^a Ce qui importe ici ce n'est pas tant le fait que ces changements de circonstances ne sont pas radicaux, mais plutôt le fait qu'ils n'ont rien à voir avec le changement requis pour justifier une modification. Je pourrais ajouter que je conviens que ces changements doivent ordinairement être extrêmement importants pour justifier la modification d'une convention incorporée dans l'ordonnance alimentaire initiale. Toutefois, je puis imaginer des cas, outre ceux où il y a lésion au sens technique, où ce n'est pas tant l'ampleur du changement que les circonstances qui prévalaient au moment où l'ordonnance initiale a été rendue qui justifieront une modification, mais là aussi il s'agira de cas très exceptionnels.

Pour ces motifs, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Wilson.

^e *Pourvoi rejeté.*

«Procureurs de l'appelante: Buffam, Hall, Victoria.

Procureurs de l'intimé: Stewart, Aulinger & Company, Vancouver.

Donna Gail Richardson *Appellant*

v.

George Edward Richardson *Respondent*

INDEXED AS: RICHARDSON v. RICHARDSON

File No.: 19287.

1986: March 24, 25; 1987: June 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Divorce — Maintenance — Variation — Settlement agreement — Agreement prior to divorce providing for wife support for a period of one year — Wife unable to find work during that period and supported by public assistance claimed maintenance in divorce proceeding — Power of the court to vary maintenance provision of the agreement under s. 11(1) of the Divorce Act.

Divorce — Maintenance — Escalator clause — Settlement agreement — Whether a court can insert an escalator clause in a decree nisi where the parties did not have such a clause in their settlement agreement — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(1).

Married in 1967, the parties separated in 1979. They had two children. The wife was not employed at the time of the separation but had worked full time until 1974 and for one month during that year and three months in 1976. Her husband has been a police officer since 1964. The proceeding commenced pursuant to the Ontario *Family Law Reform Act* ended with a settlement exemplified by minutes of settlement at a pre-trial conference where both parties were represented by counsel. Under the settlement agreement, the respondent was required to pay maintenance to the appellant for a period of one year. Provision was also made for the child in custody of the appellant. After the one-year period, appellant was still unemployed and was receiving social assistance. In the divorce action, she requested a variation of the terms of the minutes of settlement claiming maintenance for herself and an increase in maintenance for the child in her custody. The trial judge did not vary the child maintenance but awarded maintenance to the appellant and ordered an annual review of the maintenance to keep up with changes caused by inflation and the finan-

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Donna Gail Richardson *Appelante*

c.

George Edward Richardson *Intimé*

^a RÉPERTORIÉ: RICHARDSON c. RICHARDSON

N° du greffe: 19287.

1986: 24, 25 mars; 1987: 4 juin.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

^c *Divorce — Aliments — Modification — Convention — Convention antérieure au divorce accordant une pension alimentaire à l'épouse pour une période d'un an — L'épouse incapable de trouver du travail au cours de cette période et touchant des prestations sociales a demandé une pension alimentaire dans le cadre des procédures de divorce — Pouvoir du tribunal de modifier les stipulations alimentaires de la convention en vertu de l'art. 11(1) de la Loi sur le divorce.*

^e *Divorce — Aliments — Clause d'indexation — Convention — Le tribunal peut-il insérer une clause d'indexation dans un jugement conditionnel de divorce lorsque les parties n'ont pas inclus une telle clause dans leur convention? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(1).*

^f Les parties se sont mariées en 1967 et se sont séparées en 1979. Elles avaient deux enfants. L'épouse était sans emploi au moment de la séparation, mais elle avait travaillé à plein temps jusqu'en 1974, puis pendant un mois au cours de cette année-là et pendant trois mois en 1976. Son mari était policier depuis 1964. Les procédures engagées conformément à la *Loi portant réforme du droit de la famille* de l'Ontario ont pris fin par un règlement constaté dans une convention lors d'une conférence préparatoire au procès au cours de laquelle les deux parties étaient représentées par des avocats. En vertu de la convention, l'intimé était tenu de payer une pension alimentaire à l'appelante pendant un an. Une pension était également prévue pour l'enfant dont l'appelante avait la garde. À l'expiration de la période d'un an, l'appelante était toujours sans emploi et recevait des prestations sociales. Dans l'action en divorce, elle a demandé la modification des conditions de la convention de manière à obtenir des aliments pour elle-même et une hausse de la pension versée à l'enfant dont elle avait la garde. Le juge de première instance n'a pas modifié la

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

cial circumstances of the respondent. On appeal, the Court of Appeal found no change of circumstances in either the appellant or the respondent that would justify the allowance and struck the award for continued maintenance to the appellant and the "escalator" clause. The Court also ordered an increase in the child maintenance. This appeal is to determine when it is fit and just for a judge to make an order for spousal maintenance under s. 11(1) of the *Divorce Act* in an amount different from that agreed upon by the parties in an antecedent settlement agreement.

Held (La Forest J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.: A court should vary a settlement agreement only where there has been a radical change in the circumstances of a former spouse and that change is the result of a pattern of economic dependency generated by the marriage relationship. This test, enunciated in the *Pelech* case in the context of an application under s. 11(2) of the *Divorce Act*, is applicable as well to a s. 11(1) application. In this case, the test was not met and the agreement should stand. Not only had there been no change of circumstances between the time of the separation agreement and the divorce proceeding, but it is also questionable whether appellant's unemployment at the time of the petition for divorce could be attributed to a pattern of economic dependency developed during the marriage. Appellant worked during a good part of her marriage. Thus, it cannot be said that the marriage atrophied her skills or impaired their marketability.

The fact that the former spouse has become a public charge does not by itself justify the variation of a spousal maintenance order. In the absence of a radical change in circumstances tied to marriage related pattern of economic dependency, the obligation to support her should be, as in the case of any other citizen, the communal responsibility of the state.

Appellant's support payments cannot be increased simply because she has custody of her child. Where a court is concerned with the welfare of a child, that concern should be addressed, as did the Court of Appeal, by varying the amount of child support. A court

pension alimentaire de l'enfant, mais a accordé des aliments à l'appelante et a ordonné la révision annuelle de l'ordonnance alimentaire de manière à pouvoir l'ajuster en fonction des changements dus à l'inflation et à la situation financière de l'intimé. En appel, la Cour d'appel n'a constaté aucun changement de circonstances, ni chez l'appelante ni chez l'intimé, qui justifierait cette allocation alimentaire et a supprimé la prorogation de la pension alimentaire destinée à l'appelante et la clause d'indexation. La cour a également ordonné une hausse de la pension alimentaire versée à l'enfant. Le présent pourvoi a pour objet de déterminer quand il est juste et approprié pour un juge de rendre une ordonnance alimentaire au profit d'un conjoint en vertu du par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*, dont le montant est différent de celui convenu par les parties dans une convention antérieure.

Arrêt (le juge La Forest est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain: Un tribunal ne devrait réviser une convention que lorsqu'est survenu un changement radical dans la situation de l'ancien conjoint et que ce changement résulte d'un régime de dépendance économique engendré par le mariage. Ce critère, énoncé dans l'arrêt *Pelech* dans le cadre d'une requête fondée sur le par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, s'applique également à une requête fondée sur le par. 11(1). En l'espèce, on n'a pas satisfait à ce critère et la convention doit être maintenue. Non seulement n'y a-t-il pas eu de changement de circonstances entre le moment de la convention de séparation et les procédures de divorce, mais il est aussi fort douteux que le fait que l'appelante était sans emploi au moment de la requête en divorce ait été attribuable à un état de dépendance économique engendré au cours du mariage. L'appelante a travaillé pendant une bonne partie de son mariage. Par conséquent, on ne peut dire que le mariage a contribué à diminuer ses compétences ou la valeur qu'elles peuvent avoir sur le marché du travail.

Le fait que l'ancien conjoint soit à la charge de la société ne justifie pas en soi la modification d'une ordonnance alimentaire. En l'absence de changement radical de circonstances lié à un état de dépendance économique engendré par le mariage, l'obligation de la soutenir financièrement devrait être, comme dans le cas de tout autre citoyen, la responsabilité commune de l'État.

Les paiements alimentaires faits à l'appelante ne peuvent être haussés simplement parce qu'elle a la garde d'un enfant. Lorsqu'un tribunal est soucieux du bien-être d'un enfant, il doit donner suite à ce souci, comme l'a fait la Cour d'appel, en modifiant le montant des

is always free to intervene and determine the appropriate level of child support notwithstanding any settlement agreement between the spouses.

Appellant's allegation that the parties limited the period of spousal maintenance to one year because it was their common expectation that she would be employed within that period is not supported by the evidence and does not justify a departure from the settlement agreement. In a case like this one, where the parties' expectation is unclear or where there is no evidence of a common expectation, the agreement entered into by the parties freely and on the advice of independent legal counsel (which are not unconscionable in the substantive law sense) should be respected.

Finally, where the parties do not have an escalator clause in their settlement agreement, a trial judge cannot insert one in the decree *nisi* where there is no change of circumstances justifying a variation of the agreement.

Per La Forest J. (dissenting): Section 11(1) of the *Divorce Act* provides that a "court may, if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them" make an order for a spouse to pay a lump sum or periodic sums for maintenance. Under that section, the discretion to award maintenance is vested in the judge in the divorce action, not anyone else. The parties, therefore, cannot oust his jurisdiction by contract. Although the existence of a separation agreement is an important fact to be considered by the judge in exercising his discretion, the judge is not bound by it. The agreement should not lightly be disturbed, but if the court feels, having regard to the factors spelled out in s. 11(1), that there is need for change, it should allow it. The judge's discretion is not limited only to cases where there has been a radical change in the circumstances of a former spouse after the agreement was made. This test enunciated in the *Pelech* case in the context of s. 11(2) is not applicable to a s. 11(1) application. There are significant differences between the two types of decision. When the trial judge exercises an original discretion in a divorce action to make an order for maintenance where the parties have entered into an agreement, it comes to the judge for the first time and he must review all the circumstances as a whole in exercising the discretion given by the *Divorce Act* to do what is fit and just. However, when variation of such an order is sought under s. 11(2), the judge is dealing with an order by which it has already been

aliments versés à l'enfant. Un tribunal peut toujours intervenir pour fixer le niveau approprié des aliments à verser à l'enfant, nonobstant toute convention intervenue entre les conjoints.

^a L'allégation de l'appelante selon laquelle les parties ont fixé un terme d'un an à la pension alimentaire de l'épouse parce qu'elles s'attendaient à ce qu'elle trouve un emploi dans l'intervalle n'est pas étayée par la preuve soumise et ne justifie pas que l'on s'écarte de la convention.
^b Dans une affaire comme l'espèce, où les attentes des parties ne sont pas claires et où il n'y a aucune preuve d'attentes communes, la convention que les parties ont conclue librement après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants (qui n'est pas lésionnaire au sens du droit positif), devrait être respectée.
^c

Finalment, si les parties n'ont inclus aucune clause d'indexation dans leur convention, le juge de première instance ne peut en insérer une dans un jugement conditionnel de divorce lorsqu'il n'y a eu aucun changement de circonstances qui justifie une modification de la convention.
^d

Le juge La Forest (dissident): Le paragraphe 11(1) de la *Loi sur le divorce* prévoit que «le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent» rendre une ordonnance enjoignant à un conjoint d'effectuer le paiement d'une somme globale ou de sommes échelonnées, à titre d'aliments. En vertu de ce paragraphe, le pouvoir discrétionnaire d'accorder une pension alimentaire est conféré au juge saisi de l'action en divorce et à lui seul. Les parties ne peuvent donc écarter par contrat sa compétence en la matière. Bien que l'existence d'une convention de séparation constitue un fait important dont doit tenir compte le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, cette convention ne saurait lier le juge. La convention ne devrait pas être modifiée à la légère, mais si le tribunal estime, compte tenu des facteurs énoncés au par. 11(1), qu'une modification est nécessaire, il devrait l'accorder. Le pouvoir discrétionnaire du juge ne se limite pas seulement aux cas où il y a eu un changement radical de la situation de l'ancien conjoint après la conclusion de la convention. Ce critère, énoncé dans l'arrêt *Pelech* dans le contexte du par. 11(2), ne s'applique pas à une requête fondée sur le par. 11(1). Il y a des différences importantes entre les deux genres de décision. Lorsque le juge de première instance exerce son pouvoir discrétionnaire pour la première fois dans une action en divorce, en rendant une ordonnance alimentaire alors que les parties ont conclu une convention, il est saisi de la

judicially determined under the Act that the agreement was fit and just. The judge's authority is under the Act then confined to considering circumstances that have since intervened. Under these circumstances, a judge should adopt a far more stringent attitude before disturbing the agreement incorporated into a maintenance order. To do otherwise would amount to a reconsideration of the original order which was never intended by s. 11(2) of the Act.

Further, a separation agreement made pursuant to provincial family relations legislation while the marriage subsists is substantially different from one approved by a divorce court. A divorce is meant to be final. By contrast, s. 18(4) of the *Family Law Reform Act*, under which the agreement in this case was made, expressly provided for variation, both where the provision for support "results in circumstances that are unconscionable", and where the person supported "qualifies for an allowance for support out of public money". Had an application been made for a variation under this Act, or its successor, there is no reason why it could not have been varied.

Where the trial judge exercises his jurisdiction on a proper basis in making an order pursuant to s. 11 of the *Divorce Act*, a court of appeal has no right to interfere. The court of appeal cannot usurp the trial judge's jurisdiction in this area and should not substitute its discretion. Thus, in reviewing his judgment, a court of appeal is restricted to dealing with the matter in conformity with traditional principles of appellate review, such as material error including a misapprehension of the evidence, the exercise of discretion on an incorrect basis, and the like.

In the case at bar, appellant's lack of employment flowed directly from the role she played in the marriage. During the years she stayed home with the children, her skills have atrophied and she was unable to gain the new skills that are necessary today in her field as well as in others to compete against younger people with recent training. She is now in her mid-forties and must find time and energy to care for a child. The trial judge, weighing the relevant factors, determined that it would

question pour la première fois et il doit examiner l'ensemble de toutes les circonstances en exerçant le pouvoir discrétionnaire de faire ce qui est juste et approprié, que lui confère la *Loi sur le divorce*. Toutefois, lorsqu'on demande la modification de cette ordonnance, en vertu du par. 11(2), le juge est saisi d'une ordonnance par laquelle il a déjà été déterminé en justice que, selon la Loi, la convention est juste et appropriée. Le pouvoir du juge en vertu de la Loi se borne alors à un examen des circonstances intervenues depuis. Dans ces circonstances, le juge devrait adopter une attitude beaucoup plus stricte avant de modifier la convention incorporée dans l'ordonnance alimentaire. Autrement, on remettrait en cause la première ordonnance, ce qui n'a jamais été l'intention du par. 11(2) de la Loi.

En outre, une convention de séparation conclue, conformément à une loi provinciale sur les relations familiales, pendant que le mariage subsiste, diffère sensiblement de celles qu'approuve un tribunal de divorce. Le divorce se veut définitif. Par contre, le par. 18(4) de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, sous le régime duquel la convention a été conclue en l'espèce, prévoit expressément qu'elle peut être modifiée à la fois quand la stipulation alimentaire «conduirai[t] à un résultat oppressif» et quand le créancier alimentaire «peut se prévaloir d'une prestation alimentaire prélevée sur les deniers publics». Si une demande de modification avait été faite en vertu de cette loi ou de la loi qui lui a succédé, je ne vois pas pourquoi elle n'aurait pas pu être modifiée.

Lorsque le juge de première instance exerce correctement sa compétence en rendant une ordonnance conformément à l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*, la cour d'appel ne peut intervenir. La cour d'appel ne peut usurper la compétence du juge de première instance en la matière et ne saurait avoir le loisir de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance. Ainsi, en examinant son jugement, une cour d'appel ne peut statuer sur la question qu'en conformité avec les principes traditionnels applicables en matière d'appel, notamment l'erreur grave, dont la méconnaissance de la preuve, l'exercice erroné de son pouvoir discrétionnaire, et ainsi de suite.

En l'espèce, le fait que l'appelante soit sans emploi découle directement du rôle qu'elle a assumé au cours du mariage. Durant les années où elle est restée au foyer à élever ses enfants, ses compétences professionnelles ont diminué et elle n'a pu acquérir les nouvelles compétences aujourd'hui requises dans son domaine comme dans bien d'autres pour faire concurrence aux jeunes de formation récente. Elle arrive au milieu de la quarantaine et elle doit trouver le temps et l'énergie nécessaires

not be fit and just to permit the parties' relationship to continue to be governed by a provision of the separation agreement under which a destitute spouse was to receive low support for one year only, a period that had expired when the divorce decree was issued. The suggestion in the evidence that the common expectation of the party was that appellant would be able to find work within one year for which support was provided also supported the trial judge's decision to order maintenance, and indeed, the parties in their pleadings agreed that these common expectations existed. No sufficient reason has been advanced to disturb the trial judge's decision and the Court of Appeal should not have done so.

Finally, a court has the power to include an escalator clause in a maintenance order. Inflation is a perennial problem in making compensation awards. Such an attempt to give a constant value to an award does not go beyond the meaning of periodic payment or amount to a variation. Here, no compelling reasons have been presented for interfering with the trial judge's order in this regard and it should be restored.

Cases Cited

By Wilson J.

Applied: *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; **dis-tinguished:** *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405; **referred to:** *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244; *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113; *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609; *Sumner v. Sumner* (1973), 12 R.F.L. 324; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113; *Re Cartlidge and Cartlidge*, [1973] 3 O.R. 801; *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449; *Hansford v. Hansford*, [1973] 1 O.R. 116; *Dal Santo v. Dal Santo* (1975), 21 R.F.L. 117; *Mercer v. Mercer* (1978), 5 R.F.L. (2d) 224; *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385; *Krueger v. Taubner* (1974), 17 R.F.L. 86; *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316; *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186.

By La Forest J. (dissenting)

Pelech v. Pelech, [1987] 1 S.C.R. 801; *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401; *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601; *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R.

pour prendre soin d'un enfant. Le juge de première instance, après avoir soupesé les facteurs pertinents, a décidé qu'il ne serait ni juste ni approprié d'autoriser que les rapports entre les parties continuent d'être régis par une stipulation de la convention de séparation en vertu de laquelle une épouse déchue n'avait droit qu'à une petite pension alimentaire pour une période d'un an uniquement qui était déjà expirée lorsque le jugement de divorce a été prononcé. Le fait que la preuve laisse entendre que les parties s'attendaient toutes les deux à ce que l'appelante puisse trouver du travail au cours du délai d'un an pendant lequel le paiement de la pension serait fait, appuie également la décision du juge de première instance d'ordonner le soutien alimentaire et, en fait, les parties ont, dans leurs plaidoiries, reconnu l'existence de ces attentes communes. Aucune raison suffisante n'a été donnée pour modifier la décision du juge de première instance et la Cour d'appel n'aurait pas dû le faire.

Finalement, un tribunal a le pouvoir d'inclure une clause d'indexation dans une ordonnance alimentaire. L'inflation constitue toujours un problème quand il s'agit d'accorder une indemnité. Une telle tentative de conférer une valeur constante à une indemnité n'outrepasse pas le sens des paiements échelonnés ou n'équivaut pas à une modification. En l'espèce, on n'a soumis aucun motif convaincant de modifier l'ordonnance du juge de première instance à cet égard, et cette ordonnance devrait être rétablie.

f Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêt suivi: *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; **distinction d'avec l'arrêt:** *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405; **arrêts mentionnés:** *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244; *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113; *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609; *Sumner v. Sumner* (1973), 12 R.F.L. 324; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113; *Re Cartlidge and Cartlidge*, [1973] 3 O.R. 801; *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449; *Hansford v. Hansford*, [1973] 1 O.R. 116; *Dal Santo v. Dal Santo* (1975), 21 R.F.L. 117; *Mercer v. Mercer* (1978), 5 R.F.L. (2d) 224; *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385; *Krueger v. Taubner* (1974), 17 R.F.L. 86; *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316; *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186.

Citée par le juge La Forest (dissident)

Pelech c. Pelech, [1987] 1 R.C.S. 801; *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401; *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601; *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R.

(2d) 150; *Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51; *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50; *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412; *Thompson v. Thompson* (1974), 16 R.F.L. 158; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113; *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186; *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244; *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113; *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609; *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449; *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313; *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316; *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405; *Yeates v. Yeates* (1982), 31 R.F.L. (2d) 71; *Ursini v. Ursini* (1975), 24 R.F.L. 261; *Lardner v. Lardner* (1980), 20 R.F.L. (2d) 234; *Droit de la famille—193*, [1985] C.A. 252; *Droit de la famille—221*, [1985] C.A. 394; *Ménard v. Ricard*, [1974] C.A. 157; *D'Errico v. D'Errico*, [1980] C.A. 27; *Laflamme v. Levallée*, [1981] C.A. 396; *Jarvis v. Jarvis* (1984), 45 R.F.L. (2d) 223; *Moosa v. Moosa*, Ont. Prov. Ct. (Family Division), June 17, 1981, unreported.

Statutes and Regulations Cited

Child and Family Services and Family Relations Act, S.N.B. 1980, c. C-2.1, s. 115(5).
Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(1), (2).
Family Law Act, 1986, S.O. 1986, c. 4, Preamble, s. 33(4).
Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, s. 18(4).
Family Law Reform Act, S.O. 1978, c. 2, s. 18(4).
Family Law Reform Act, S.P.E.I. 1978, c. 6, s. 19(4).
Matrimonial Property and Family Support Ordinance, S.Y.T. 1979 (2nd), c. 11, s. 30.5(4) [en. 1980 (2nd), c. 15, s. 7(1)].

Authors Cited

Abella, Rosalie S. "Economic Adjustment on Marriage Breakdown: Support" (1981), 4 *F.L.R.* 1.
 Berger, Thomas R. "Forms of Support Orders Under the Divorce Act". In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 67-76.
 Cook, Gail C. A. "Economic Issues in Marriage Breakdown". In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 19-26.
 Payne, Julien D. "Approaches to Economic Consequences of Marriage Breakdown". In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 27-34.

(2d) 150; *Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51; *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50; *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412; *Thompson v. Thompson* (1974), 16 R.F.L. 158; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113; *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186; *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244; *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113; *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609; *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449; *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313; *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316; *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405; *Yeates v. Yeates* (1982), 31 R.F.L. (2d) 71; *Ursini v. Ursini* (1975), 24 R.F.L. 261; *Lardner v. Lardner* (1980), 20 R.F.L. (2d) 234; *Droit de la famille—193*, [1985] C.A. 252; *Droit de la famille—221*, [1985] C.A. 394; *Ménard c. Ricard*, [1974] C.A. 157; *D'Errico c. D'Errico*, [1980] C.A. 27; *Laflamme c. Levallée*, [1981] C.A. 396; *Jarvis v. Jarvis* (1984), 45 R.F.L. (2d) 223; *Moosa v. Moosa*, C. prov. Ont. (Division de la famille), le 17 juin 1981, non publié.

d Lois et règlements cités

Family Law Reform Act, S.P.E.I. 1978, chap. 6, art. 19(4).
Loi de 1978 sur la réforme du droit de la famille, L.O. 1978, chap. 2, art. 18(4).
Loi de 1986 sur le droit de la famille, L.O. 1986, chap. 4, préambule, art. 33(4).
Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 18(4).
Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(1), (2).
Loi sur les services à l'enfant et à la famille et sur les relations familiales, L.N.-B. 1980, chap. C-2.1, art. 115(5).
Matrimonial Property and Family Support Ordinance, S.Y.T. 1979 (2nd), chap. 11, art. 30.5(4) [aj. 1980 (2nd), chap. 15, art. 7(1)].

Doctrine citée

Abella, Rosalie S. «Economic Adjustment on Marriage Breakdown: Support» (1981), 4 *F.L.R.* 1.
 Berger, Thomas R. «Forms of Support Orders Under the Divorce Act». In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 67-76.
 Cook, Gail C. A. «Economic Issues in Marriage Breakdown». In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 19-26.
 Payne, Julien D. «Approaches to Economic Consequences of Marriage Breakdown». In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 27-34.

Wilson, Bertha. "The Variation of Support Orders". In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 35-67.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 44 R.F.L. (2d) 355, varying a judgment of Perras L.J.S.C., [1983] W.D.F.L. 829. Appeal dismissed, La Forest J. dissenting.

Janet M. Wilson, for the appellant.

D. Wayne Lalonde, for the respondent.

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

WILSON J.—The issue in this case is when is it "fit and just" for a judge to make an order for spousal maintenance under s. 11(1) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, in an amount different from that agreed upon by the parties in an antecedent settlement agreement.

The parties were married on November 18, 1967 and separated in November 1979. There are two children of the marriage neither of whom has attained the age of majority. Since 1964 the respondent has been a member of the Ottawa City Police Force. By the time of the divorce proceedings he had attained the rank of sergeant. From the time of her marriage until the birth of her second child in 1974 the appellant worked as a clerk-typist with the National Research Council of Canada. Apart from two jobs of very short duration in 1974 and 1976 the appellant has not worked since 1974. In 1980 she moved to North Bay to live with her parents. She is now aged 46 and her former husband 43.

Proceedings under the *Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152, were commenced in Ottawa in 1980. When the appellant moved from Ottawa to North Bay she retained counsel there. At the pre-trial conference which was held at the courthouse in Ottawa the appellant was represented by the Ottawa agent for that counsel. The appellant

Wilson, Bertha. «The Variation of Support Orders». In *Family Law: Dimensions of Justice*. Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 35-67.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 44 R.F.L. (2d) 355, qui a modifié le jugement du juge local Perras de la Cour suprême, [1983] W.D.F.L. 829. Pourvoi rejeté, le juge La Forest est dissident.

Janet M. Wilson, pour l'appelante.

D. Wayne Lalonde, pour l'intimé.

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

LE JUGE WILSON—La question en litige en l'espèce est de savoir quand il est «juste et approprié» pour un juge de rendre une ordonnance alimentaire au profit d'un conjoint en vertu du par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8, dont le montant est différent de celui convenu par les parties dans une convention antérieure.

Les parties se sont mariées le 18 novembre 1967 et se sont séparées en novembre 1979. Deux enfants sont issus du mariage et tous les deux sont encore mineurs. Depuis 1964, l'intimé est membre du service de police de la ville d'Ottawa. À l'époque des procédures de divorce, il avait atteint le rang de sergent. Depuis son mariage jusqu'à la naissance de son second enfant en 1974, l'appelante a travaillé comme commis-dactylographe au Conseil national de recherches du Canada. Mis à part deux emplois pour une période très courte, en 1974 et en 1976, l'appelante n'a pas travaillé depuis 1974. En 1980, elle a déménagé à North Bay où elle vit maintenant avec ses parents. Elle est maintenant âgée de 46 ans et son ancien mari, de 43 ans.

Des procédures fondées sur la *Loi portant réforme du droit de la famille*, L.R.O. 1980, chap. 152, ont été engagées à Ottawa en 1980. Lorsque l'appelante a quitté Ottawa pour déménager à North Bay, elle a retenu les services d'un avocat là-bas. Lors de la conférence préparatoire au procès qui s'est tenue au palais de justice

does not contend that her legal representation was deficient in any respect. At the pre-trial conference the *Family Law Reform Act* proceeding was settled by handwritten Minutes of Settlement dated April 14, 1981. The settlement agreement was executed by Mrs. Richardson in North Bay in the presence of her counsel.

The settlement agreement gave custody of one child to the appellant and custody of the other child to the respondent. The respondent agreed to pay spousal support to the appellant in the amount of \$175 per month for a period of one year and to pay support for the child in her custody in the amount of \$300 per month with no limit as to the duration of that support. The parties agreed to share equally a \$20,000 debt owing to the wife's parents. The respondent assumed debts accumulated during the marriage in the amount of \$9,513.53. The appellant released her interest in the matrimonial home to the husband. The total equity in the home was valued at the time of the divorce hearing at \$20,921.80.

Although the handwritten Minutes of Settlement contained no clause providing that the settlement was final and conclusive of all claims between the parties, it appears that counsel for the respondent inserted such a clause in the final typewritten version of the Minutes. That version did not differ in any other respect from the handwritten version and was signed by both parties.

Following the settlement of that litigation Mrs. Richardson commenced proceedings for divorce claiming *inter alia* maintenance for herself (the one-year period having expired) and increased maintenance for the child in her custody. The divorce action was tried before Perras L.J.S.C. in the Supreme Court of Ontario. The appellant was then in receipt of social assistance. Perras L.J.S.C. gave judgment on May 12, 1983. He found that "because of these present handicaps experienced by Mrs. Richardson this is a sufficient case in which to ignore the earlier minutes of settlement". The trial judge then fixed the monthly maintenance for the wife at \$500 and the monthly main-

d'Ottawa, l'appelante était représentée par le mandataire de son avocat à Ottawa. L'appelante ne prétend nullement que la représentation par un avocat dont elle a bénéficié ait été déficiente de quelque manière. À la conférence préparatoire au procès, il a été mis fin aux procédures fondées sur la *Loi portant réforme du droit de la famille* par une convention manuscrite en date du 14 avril 1981. La convention a été signée par M^{me} Richardson à North Bay en présence de son avocat.

La convention confère la garde de l'un des enfants à l'appelante et la garde de l'autre à l'intimé. L'intimé a convenu de verser une pension alimentaire à l'appelante de 175 \$ par mois, pendant un an, et pour l'enfant dont elle a la garde une pension de 300 \$ par mois dont la durée serait illimitée. Les parties sont convenues de partager également une dette de 20 000 \$ dont les parents de la femme étaient créanciers. L'intimé a assumé le paiement des dettes accumulées au cours du mariage, dont le montant s'élevait à 9 513,53 \$. L'appelante a renoncé à son droit dans la résidence familiale en faveur du mari. La valeur nette totale de la résidence a été évaluée, au moment de l'instruction du divorce, à 20 921,80 \$.

La convention manuscrite ne comportait aucune clause portant que le règlement était définitif et mettait fin à toutes les créances entre les parties, mais il appert que l'avocat de l'intimé a inséré une clause de ce genre dans la version dactylographiée définitive de l'acte. Cette dernière version est analogue à tous autres égards à la version manuscrite et elle a été signée par les deux parties.

À la suite du règlement de ce litige, M^{me} Richardson a intenté une action en divorce, dans laquelle elle demandait notamment des aliments pour elle-même (la période d'un an étant expirée) et une hausse de la pension versée à l'enfant dont elle a la garde. Le juge local Perras a instruit l'action en divorce en Cour suprême de l'Ontario. L'appelante touchait alors des prestations sociales. Le juge local Perras a rendu jugement le 12 mai 1983. Il a conclu que [TRADUCTION] «en raison des handicaps dont est actuellement victime M^{me} Richardson, nous sommes justifiés en l'espèce de ne pas tenir compte de la convention antérieure». Le juge de première instance a alors fixé la pen-

tenance for the child in the wife's custody at \$300. The judge also ordered an annual review and variation of the maintenance in order to keep up with "changes which may be caused by inflation and the financial circumstances of the respondent". The actual adjustment formula was based on changes in the husband's annual income as recorded in his T4 slip.

The respondent successfully appealed the trial judgment to the Ontario Court of Appeal (1985), 44 R.F.L. (2d) 355. Judgment was given orally by Grange J.A. on behalf of the Court. Counsel agree that in the course of counsels' argument the Court referred to and adopted as the governing law its earlier decisions in *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244, *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113 and *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609. The effect of these cases was to require a "catastrophic" change in circumstances to justify an interference with the provisions of a valid and enforceable separation agreement. Speaking for himself, Dubin and Finlayson J.J.A., Grange J.A. stated in his oral reasons for judgment (at p. 358):

The trial judge granted maintenance to the wife notwithstanding the minutes of settlement upon the grounds that there had been a change of circumstance entitling the wife to that allowance. We can see no change of circumstance in either the wife or the husband that would justify that allowance.

It is possible that the parties contemplated when limiting the support for the wife to the one-year period that the wife would, during that period, not only seek, but obtain employment. Indeed there is some suggestion in the evidence of the husband that that was so. The difficulty with that assumption, however, is that when the solicitor for the wife was examined in the previous proceedings, he was not permitted to give the substance of his advice to the wife and consequently, we do not know whether or not that was her contemplation at the time.

The award of continued maintenance to the appellant was struck from the order of Perras L.J.S.C.

sion mensuelle de la femme à 500 \$ et celle de l'enfant dont elle a la garde à 300 \$. Le juge a aussi ordonné la révision annuelle de l'ordonnance alimentaire de manière à pouvoir l'ajuster en fonction des [TRADUCTION] «changements qui peuvent survenir par suite de l'inflation et de la situation financière de l'intimé». La formule d'indexation effectivement utilisée repose sur les fluctuations du revenu annuel du mari qui ressortent de son reçu T4.

L'intimé a interjeté appel contre le jugement de première instance devant la Cour d'appel de l'Ontario et a obtenu gain de cause (1985), 44 R.F.L. (2d) 355. C'est le juge Grange qui a prononcé, oralement, l'arrêt de la cour. Les avocats reconnaissent que, pendant leurs plaidoiries, la cour a mentionné, et adopté comme énonçant la règle applicable, ses arrêts antérieurs *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244, *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113 et *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609. Cette jurisprudence a pour effet d'exiger un changement «catastrophique» de circonstances pour justifier une modification des dispositions d'une convention de séparation valide et exécutoire. S'exprimant en son propre nom et en celui des juges Dubin et Finlayson, le juge Grange affirme dans les motifs oraux de son arrêt (à la p. 358):

[TRADUCTION] Le juge de première instance a accordé des aliments à la femme malgré la convention, pour le motif qu'il y avait eu un changement de circonstances donnant à la femme droit à ceux-ci. Nous ne pouvons constater aucun changement de circonstances ni chez la femme ni chez le mari, qui pourrait justifier cette allocation alimentaire.

Il est possible que les parties aient envisagé, en limitant à un an la durée de la pension alimentaire de la femme, que, pendant cette période, celle-ci non seulement rechercherait, mais obtiendrait un emploi. D'ailleurs le témoignage du mari semble le laisser entendre. Cependant, le problème que pose cette hypothèse, c'est que lorsqu'il a été interrogé au cours des procédures antérieures, l'avocat de la femme n'a pas été autorisé à révéler l'essence des conseils qu'il lui avait donnés de sorte que, nous ignorons si c'était bien là ce qu'elle prévoyait à l'époque.

La prorogation de la pension alimentaire destinée à l'appelante a été supprimée de l'ordonnance

However, the Court of Appeal, quite properly, did not consider itself bound by the terms of the Minutes of Settlement as far as maintenance for the child was concerned and ordered that the monthly payment for the child be increased to \$500. Grange J.A. also struck from the order the so-called "escalator" clause providing for the automatic variation of maintenance depending on changes in the respondent's income. It became academic as far as the appellant was concerned since the Court of Appeal found that she had no entitlement to maintenance and it was, so that Court held, inappropriate so far as the child's maintenance was concerned.

In approaching this case the Court should have regard to the principles enunciated in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801 (reasons for judgment released concurrently), that a court should vary a settlement agreement only where there has been a radical change in the circumstances of a former spouse and that change is the result of a pattern of economic dependency generated by the marriage relationship. I appreciate that that principle was stated in the context of a s. 11(2) application and that this case involves s. 11(1). I appreciate also that the wording of the two subsections is different. Section 11(1) provides that the court may make the order it thinks fit and just having regard to the condition, means and other circumstances of the parties. Section 11(2) states that an order made under s. 11(1) may be varied if the court thinks it fit and just to do so having regard to any change in the condition, means or other circumstances of the spouses. Nevertheless, in my view, despite the difference in the statutory language, when a court is confronted with a settlement agreement reached by the parties the same criteria should be applied under both sections. The underlying rationale is the same under both, namely 1) the importance of finality in the financial affairs of former spouses and 2) the principle of deference to the right and responsibility of individuals to make their own decisions. It is true that in an application under s. 11(2) the settlement agreement is incorporated in a decree *nisi* and this is not so in the case of an application under s. 11(1). However, as

rendue par le juge local Perras de la Cour suprême. Cependant, c'est tout à fait à bon droit que la Cour d'appel ne s'est pas considérée liée par les conditions de la convention en ce qui concerne les aliments accordés à l'enfant et a ordonné que sa pension mensuelle soit haussée à 500 \$. Le juge Grange a aussi supprimé de l'ordonnance la clause dite «d'indexation» qui prévoyait la modification automatique des aliments en fonction des fluctuations du revenu de l'intimé. Cette clause a perdu tout intérêt pratique en ce qui concerne l'appelante puisque la Cour d'appel a jugé qu'elle n'avait pas droit à des aliments et, ainsi que l'a décidé la cour, elle était inappropriée pour ce qui est de la pension de l'enfant.

En abordant cette affaire, la Cour devrait tenir compte des principes, énoncés dans l'arrêt *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801 (dont les motifs sont prononcés en même temps que le présent arrêt), selon lesquels un tribunal ne devrait modifier une convention que lorsqu'est survenu un changement radical dans la situation de l'ancien conjoint et que ce changement résulte d'un régime de dépendance économique engendré par le mariage. Je suis consciente que ce principe a été énoncé dans le cadre d'une requête fondée sur le par. 11(2), alors que, dans la présente affaire, il est question du par. 11(1). Je suis consciente aussi que le texte des deux paragraphes est différent. Le paragraphe 11(1) porte que le tribunal peut rendre l'ordonnance qu'il estime juste et appropriée compte tenu de l'état et des facultés des parties et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent. Le paragraphe 11(2) dispose qu'une ordonnance rendue en vertu du par. 11(1) peut être modifiée si le tribunal l'estime juste et approprié compte tenu de tout changement de l'état ou des facultés de l'un des conjoints ou des autres circonstances dans lesquelles ils se trouvent. Néanmoins, à mon avis, malgré les différences dans le texte de loi, lorsqu'un tribunal est saisi d'une convention conclue par les parties, les mêmes critères devraient être appliqués dans les deux cas. Le raisonnement sous-jacent est le même, soit 1) l'importance d'un règlement définitif des affaires financières des anciens conjoints et 2) le principe du respect du droit et de la responsabilité qu'ont

was noted by Zuber J.A. in *Farquar v. Farquar*, *supra*, at p. 250:

In this case, the parties not only agreed to settle their own affairs but the agreement was incorporated into a divorce decree. In my view, the additional fact of the decree confirming the agreement adds little, if anything, to the problem. The centre of the problem is the agreement itself set out in the minutes.

If Zuber J.A. is correct in this, and I think he is, it is not surprising that when faced with a settlement agreement the courts have applied the same criteria in deciding when to depart from that agreement in both s. 11(1) and s. 11(2) applications. As Blair J.A. noted in *Webb v. Webb*, *supra*, at p. 133: "In practice . . . there has been considerable intermingling of the subsections in cases involving prior agreements between the parties". He then went on to state, after a review of the case law, that generally under s. 11(1) the courts have only interfered with the terms of a separation agreement where there has been a change of circumstances of sufficient magnitude to justify the variation and that this is the same test as is applied under s. 11(2).

In my view, the only difference under the two subsections is that in a s. 11(1) application the change being considered will have occurred between the signing of the agreement and the application for the decree *nisi* whereas in the s. 11(2) application the change will have occurred between the granting of the decree *nisi* and the application for variation.

Given that the *Pelech* test is applicable in a s. 11(1) as well as a s. 11(2) application, the test is not met on the facts of this case. No event has occurred which the appellant is peculiarly unable to deal with because of a pattern of economic

les individus de prendre leurs propres décisions. Il est vrai que, dans une requête fondée sur le par. 11(2), la convention est incorporée dans un jugement conditionnel de divorce, ce qui n'est pas le cas d'une requête fondée sur le par. 11(1). Toutefois, comme le fait remarquer le juge Zuber dans l'arrêt *Farquar v. Farquar*, précité, à la p. 250:

[TRADUCTION] En l'espèce, les parties ont non seulement convenu de régler leurs propres affaires, mais leur convention a été incorporée dans le jugement de divorce. À mon avis, le fait additionnel que le jugement confirme la convention ne change guère le problème, dont le point central demeure la convention elle-même, constatée par l'acte.

Si le juge Zuber a raison là-dessus, comme je le pense, il n'est pas surprenant que, lorsqu'ils ont été saisis d'une convention, les tribunaux aient appliqué les mêmes critères pour déterminer quand il y a lieu de s'écarter de cette convention, peu importe s'il s'agissait de requêtes fondées sur le par. 11(1) ou de requêtes fondées sur le par. 11(2). Comme le juge Blair le souligne dans l'arrêt *Webb v. Webb*, précité, à la p. 133: [TRADUCTION] «En pratique [...] il y a eu entremêlement considérable des paragraphes dans les affaires qui comportaient des conventions antérieures entre les parties». Il ajoute alors, après avoir examiné la jurisprudence, qu'en général sous le régime du par. 11(1), les tribunaux n'ont modifié les conditions d'une convention de séparation que dans le cas d'un changement de circonstances d'une ampleur suffisante pour justifier leur modification, et que c'est le même critère qui est appliqué sous le régime du par. 11(2).

À mon avis, la seule différence entre les deux paragraphes, c'est que dans le cas d'une demande fondée sur le par. 11(1), le changement dont il faut tenir compte se sera produit entre la signature de la convention et la demande de jugement conditionnel de divorce alors que, dans le cas d'une demande fondée sur le par. 11(2), le changement sera survenu entre le jugement conditionnel de divorce et la demande de modification.

Étant donné que le critère de l'arrêt *Pelech* s'applique dans le cas d'une demande fondée sur le par. 11(1) comme dans celui d'une demande fondée sur le par. 11(2), il ressort des faits de l'espèce qu'on n'y satisfait pas. Il ne s'est produit

dependency generated by the marriage. At the time the separation agreement was concluded Mrs. Richardson was unemployed and Mr. Richardson was a sergeant in the Ottawa Police Force earning approximately \$40,000 per annum. The same conditions existed when the divorce proceeding was heard. Not only had there been no change of circumstances, as the Ontario Court of Appeal found, but it was also questionable whether Mrs. Richardson's position at the time could be attributed to a pattern of economic dependency developed during the marriage. As has already been mentioned, Mrs. Richardson was married in 1967 and worked continuously as a clerk-typist until the birth of her second child in 1974. She worked for one month in 1974 and for three months in 1976. The couple separated in November 1979. In sum, she was employed more often than not during the marriage. Moreover, the period of time from her last employment until the date of the separation was not that great. In this sense it cannot be said that the marriage atrophied her skills or impaired their marketability.

Counsel for the appellant relies, however, on comments in the case law which suggest that certain factors may *per se* justify a court in varying the terms of a settlement agreement. He submits, for example, that the fact that the appellant is now in receipt of public assistance is one such factor. However, as mentioned in *Pelech*, the fact that a former spouse has become or may become a public charge does not by itself justify the variation of a spousal maintenance order. In the absence of a radical change in circumstances tied to a marriage related pattern of economic dependency "the obligation to support the former spouse should be, as in the case of any other citizen, the communal responsibility of the state" (*Pelech v. Pelech, supra*, at p. 852). Otherwise a person who has once been married continues to be contingently liable for the support of his or her former spouse for the duration of their joint lives.

aucun événement auquel l'appelante est particulièrement incapable de faire face en raison d'un régime de dépendance économique engendré par le mariage. Au moment où elle a conclu la convention de séparation, M^{me} Richardson était sans emploi et M. Richardson, qui était alors sergent au service de la police d'Ottawa, gagnait environ 40 000 \$ par année. Les mêmes conditions existaient lorsque l'action en divorce a été instruite. Non seulement n'y avait-il aucun changement de circonstances, comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a conclu, mais il était aussi fort douteux que la situation de M^{me} Richardson à cette époque ait pu être attribuée à un état de dépendance économique engendré au cours du mariage. Comme je l'ai déjà dit, M^{me} Richardson s'est mariée en 1967 et a toujours travaillé comme commis-dactylographe jusqu'à la naissance de son second enfant en 1974. Elle a travaillé pendant un mois en 1974 et pendant trois mois en 1976. Le couple s'est séparé en novembre 1979. Somme toute, elle a détenu un emploi plus souvent qu'autrement au cours du mariage. De plus, l'intervalle de temps entre son dernier emploi et la date de la séparation n'est pas si considérable. En ce sens, on ne peut pas dire que le mariage a contribué à diminuer ses compétences ou la valeur qu'elles peuvent avoir sur le marché du travail.

L'avocat de l'appelante invoque toutefois certains commentaires de la jurisprudence qui laissent entendre que certains facteurs peuvent en soi autoriser le tribunal à modifier les conditions d'une convention. Il fait valoir, par exemple, que le fait que l'appelante soit maintenant bénéficiaire de l'aide sociale est l'un de ces facteurs. Mais, comme on l'a mentionné dans l'arrêt *Pelech*, le fait que l'ancien conjoint soit, ou risque de devenir, à la charge de la société ne justifie pas en soi la modification d'une ordonnance alimentaire. En l'absence de changement radical de circonstances lié à un état de dépendance économique engendré par le mariage, «l'obligation de soutenir l'ancien conjoint devrait être, comme dans le cas de tout autre citoyen, la responsabilité commune de l'État» (*Pelech c. Pelech*, précité, à la p. 852). Autrement, la personne qui a déjà été mariée continuerait d'être éventuellement responsable du soutien alimentaire de son ancien conjoint, leur vie durant.

Another specific factor sometimes identified in the case law as justifying a variation of spousal maintenance is the indirect deprivation of children caused by the quantum of spousal maintenance agreed to in the settlement agreement. In this case Mrs. Richardson has custody of one child. The financial position of the custodial spouse may determine the standard of living of the children as well as the spouse. Indeed, changes in either child support or spousal maintenance may affect the economic viability of the unit as a whole: *Sumner v. Sumner* (1973), 12 R.F.L. 324 (B.C.S.C.), at p. 325; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.), at p. 135; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113 (Alta. C.A.), at p. 118; Bertha Wilson, "The Variation of Support Orders", in Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé (eds.), *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), at p. 42.

This inter-relationship should not, however, lead us to exaggerate its extent or forget the different legal bases of the support rights. The legal basis of child maintenance is the parents' mutual obligation to support their children according to their need. That obligation should be borne by the parents in proportion to their respective incomes and ability to pay: *Paras v. Paras*, *supra*. The duration of the obligation of support varies with the provisions of each provincial statute. As a general proposition it can be stated that the obligation of support lasts until a child is between 18 and 21 years of age. It can last longer than that if there are special circumstances such as the presence of physical or mental handicaps in the child or the child is in full time attendance at an educational institution. Child maintenance, like access, is the right of the child: *Re Carlidge and Carlidge*, [1973] 3 O.R. 801 (Fam. Ct.) For this reason, a spouse cannot barter away his or her child's right to support in a settlement agreement. The court is always free to intervene and determine the appropriate level of support for the child: *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449 (H.C.); *Hansford v. Hansford*, [1973] 1 O.R. 116 (H.C.), at pp. 117-18; *Dal Santo v. Dal Santo* (1975), 21 R.F.L. 117 (B.C.S.C.); *Mercer v. Mercer* (1978),

Un autre facteur particulier parfois dégagé par la jurisprudence, comme justifiant la modification de la pension alimentaire versée au conjoint, est les privations imposées indirectement aux enfants en raison du montant des prestations alimentaires accordées au conjoint par une convention. En l'espèce, M^{me} Richardson a la garde d'un enfant. La situation financière du conjoint gardien peut avoir une incidence sur le niveau de vie des enfants aussi bien que sur le sien. En vérité, les modifications de la pension alimentaire du conjoint ou de celle des enfants peuvent avoir un effet sur la viabilité économique de l'unité familiale dans son ensemble: *Sumner v. Sumner* (1973), 12 R.F.L. 324 (C.S.C.-B.), à la p. 325; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.), à la p. 135; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113 (C.A. Alb.), à la p. 118; Bertha Wilson, «The Variation of Support Orders», dans Rosalie S. Abella et Claire L'Heureux-Dubé (éd.), *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), à la p. 42.

Cette corrélation ne devrait pas cependant nous amener à en exagérer l'importance ou à oublier les fondements juridiques différents des droits à une pension alimentaire. Le fondement juridique de la pension alimentaire de l'enfant est l'obligation mutuelle qu'ont les parents de subvenir aux besoins de leurs enfants. Cette obligation devrait être assumée par les parents proportionnellement à leurs revenus et moyens financiers respectifs: *Paras v. Paras*, précité. La durée de l'obligation alimentaire varie selon la législation provinciale. En général, on peut dire que l'obligation alimentaire dure jusqu'à ce que l'enfant atteigne 18 ou 21 ans. Elle peut se prolonger dans certaines circonstances spéciales comme dans le cas d'un enfant qui souffre d'un handicap physique ou mental ou si l'enfant fréquente à plein temps un établissement scolaire. La pension alimentaire de l'enfant, comme les droits de visite, est un droit subjectif de l'enfant: *Re Carlidge and Carlidge*, [1973] 3 O.R. 801 (T. fam.) Pour cette raison, le conjoint ne peut aliéner le droit de son enfant à des aliments dans une convention. Le tribunal peut toujours intervenir pour fixer le niveau approprié des aliments à verser à l'enfant: *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449 (H.C.); *Hansford v. Hansford*, [1973] 1 O.R. 116 (H.C.), aux pp.

5 R.F.L. (2d) 224 (Ont. H.C.); *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385 (Alta. S.C.), at p. 391; *Krueger v. Taubner* (1974), 17 R.F.L. 86 (Man. Q.B.) Further, because it is the child's right, the fact that child support will indirectly benefit the spouse cannot decrease the quantum awarded to the child.

The obligation to provide spousal support arises from different bases and therefore has different characteristics. As discussed in *Pelech*, the courts in making an award of spousal maintenance are required to analyze the pattern of financial interdependence generated by each marriage relationship and devise a support order that minimizes as far as possible the economic consequences of the relationship's dissolution. Financial provision may be temporary or permanent. Spousal maintenance is the right of the spouse and a spouse can therefore contract as to the amount of maintenance he or she is to receive. Where this happens the court will be strongly inclined to enforce that contract: see *Pelech v. Pelech*, *supra*.

Given these differences between spousal and child maintenance, if the court's concern is that the child is being inadequately provided for, then that concern should be addressed by varying the amount of child support. This approach has several advantages. First, it explicitly identifies the area of the court's concern. Second, the benefit accrues to the individual whose legal right it is. The duty to support the child is a duty owed to the child not to the other parent. Third, the traditional characteristics of the child maintenance order better reflect the court's concern for the child's welfare than do the traditional characteristics of the spousal maintenance order. For example, while the court could order that a spousal maintenance order would cease when the children were no longer dependent, child maintenance always ceases when the children are no longer dependent. Further, the amount of child support in child maintenance orders is based on the demonstrated need of the child. Although increased child support may indirectly benefit the

117 et 118; *Dal Santo v. Dal Santo* (1975), 21 R.F.L. 117 (C.S.C.-B.); *Mercer v. Mercer* (1978), 5 R.F.L. (2d) 224 (H.C. Ont.); *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385 (C.S. Alb.), à la p. 391; *Krueger v. Taubner* (1974), 17 R.F.L. 86 (B.R. Man.) De plus, parce qu'il s'agit d'un droit de l'enfant, le fait que le conjoint bénéficie indirectement des aliments versés à l'enfant ne saurait justifier une révision à la baisse des aliments accordés.

L'obligation alimentaire envers le conjoint a des assises différentes et donc des caractéristiques différentes. Tel que discuté dans l'arrêt *Pelech*, les tribunaux, au moment d'accorder des aliments au conjoint, sont requis de procéder à une analyse du régime d'interdépendance financière engendré par chaque mariage et de concevoir une ordonnance alimentaire qui minimise autant que possible les conséquences économiques de la dissolution du lien matrimonial. Le soutien financier peut être temporaire ou permanent. C'est le conjoint qui est titulaire du droit subjectif à des aliments, aussi le conjoint peut-il, par contrat, stipuler le montant des aliments qu'il ou elle recevra. Le cas échéant, le tribunal sera fortement enclin à mettre à exécution ce contrat: voir *Pelech c. Pelech*, précité.

Compte tenu de ces différences entre l'obligation alimentaire envers le conjoint et celle envers l'enfant, si le tribunal craint que l'enfant ne reçoive pas de pension adéquate, il doit réagir en modifiant le montant des aliments de l'enfant. Cette démarche a plusieurs avantages. En premier lieu, elle indique explicitement quel est le souci du tribunal. En deuxième lieu, c'est l'individu titulaire du droit conféré par la loi qui en bénéficie. L'obligation de verser une pension alimentaire pour l'enfant est une obligation envers l'enfant et non envers l'autre conjoint. En troisième lieu, les caractéristiques traditionnelles de l'ordonnance alimentaire au profit de l'enfant reflètent mieux le souci du tribunal pour le bien-être de l'enfant que les caractéristiques traditionnelles de l'ordonnance alimentaire au profit du conjoint. Par exemple, alors que le tribunal peut ordonner que l'ordonnance alimentaire au profit du conjoint arrivera à terme lorsque les enfants ne seront plus à sa charge, l'obligation alimentaire envers l'enfant

custodial spouse, it will not be based on the court's assessment of the spouse's need. Finally, an individual will be unable to evade spousal maintenance provisions in a contract simply by pointing to his or her custody of the children. Accordingly, in the circumstances of this case Mrs. Richardson's support payments should not be increased simply because she has custody of a child. The Court of Appeal adopted the proper route and increased the child support payments. This part of the order is not being contested.

Counsel for the appellant also relies on another ground of appeal. He argues that the parties in this case limited the period of spousal maintenance because it was their common expectation that Mrs. Richardson would be employed within that period of time. This expectation did not materialize and therefore the judge hearing the petition for divorce was free to make the order he considered "fit and just" without regard to the Minutes of Settlement entered into by the parties. Counsel argues, in effect, that the lost or failed expectation represents a change of circumstances from those anticipated by the parties justifying a departure from the settlement agreement under s. 11(1) of the *Divorce Act*. This position seems to have been adopted in a number of cases: see *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316 (Ont. H.C.); *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186 (Ont. H.C.); *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405 (Ont. H.C.)

However, the evidence of the parties' expectation in this case is unclear. When asked why spousal support was restricted to a one-year period the husband stated "It was my understanding that during the one-year period my wife was to seek and obtain active employment". The husband may have merely hoped that his wife would find employment within the year or he may have had a firm expectation to that effect which was, in his

cesse toujours lorsque les enfants ne sont plus des personnes à charge. De plus, le montant des ordonnances alimentaires rendues au profit des enfants est fonction des besoins démontrés de l'enfant. Bien que la hausse des aliments accordés à l'enfant puisse profiter indirectement au conjoint qui en a la garde, elle ne sera pas fondée sur une évaluation par le tribunal des besoins du conjoint. Enfin, un conjoint ne saurait échapper aux stipulations alimentaires contenues dans un contrat simplement en invoquant qu'il ou elle a la garde des enfants. C'est pourquoi, dans les circonstances de l'espèce, les paiements alimentaires faits à M^{me} Richardson ne devraient pas être haussés simplement parce qu'elle a la garde d'un enfant. La Cour d'appel a choisi la bonne solution et a révisé à la hausse la pension alimentaire de l'enfant. Cet aspect de l'ordonnance n'est pas contesté.

L'avocat de l'appelante fait valoir aussi un autre moyen d'appel. Il soutient que les parties en l'espèce ont fixé un terme à la pension alimentaire de l'épouse parce qu'elles s'attendaient à ce que M^{me} Richardson trouve un emploi dans l'intervalle. Cette attente ne s'est pas concrétisée et, donc, le juge saisi de la requête en divorce était libre de rendre l'ordonnance qu'il estimait «juste et appropriée» sans tenir compte de la convention conclue par les parties. L'avocat soutient, en fait, que cette attente, qui s'est révélée vaine, représente un changement de circonstances par rapport à ce qu'anticipaient les parties, qui justifie de s'écarter de la convention en vertu du par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*. C'est la position qui semble avoir été adoptée dans un certain nombre de décisions: voir les arrêts *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316 (H.C. Ont.); *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186 (H.C. Ont.); *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405 (H.C. Ont.)

Toutefois, la preuve réunie au sujet des attentes des parties en l'espèce n'est pas claire. Lorsqu'on lui a demandé pourquoi la durée de la pension qu'il devait verser à sa femme avait été limitée à un an, le mari a répondu: [TRADUCTION] «Je pensais qu'au cours de cet intervalle d'un an, ma femme rechercherait activement et trouverait un emploi». Il se peut que le mari ait simplement espéré que sa femme se trouverait un emploi au cours de cette

mind, the reason for limiting the spousal maintenance to one year. The trial judge made no finding on this point. He ignored the Minutes of Settlement simply because of the "present handicaps" experienced by Mrs. Richardson. There was no evidence at all of the appellant's expectation. The Ontario Court of Appeal in face of the evidence or lack of same refused to make a finding as to the parties' expectation.

In the absence of evidence of a common expectation of the parties it seems to me that the Minutes of Settlement entered into freely by the parties and on the advice of independent legal counsel (which are not unconscionable in the substantive law sense) should be respected subject to the principle enunciated in *Pelech*. The possibility that Mrs. Richardson would not be employed at the end of the one-year period was not unforeseeable. Although she had clerk-typist skills she had not been recently employed. It is not as though Mrs. Richardson had been guaranteed a specific job and through a series of unexpected events that job fell through. This distinguishes the present case from *Barrett v. Barrett, supra*, where the court found that the parties' common expectation about the wife's future employment had been unexpectedly defeated and a variation of the maintenance order was therefore justified. In that case the husband agreed to pay the wife a sum of \$300 per month maintenance which would then be increased to \$500 per month. The payments would continue until such time as the wife remarried. The wife intended, and the husband was aware of this intention, to move back to England and accept her sister and brother-in-law's offer to work full time in a business as manager and book-keeper. Upon her arrival in England, however, it became immediately apparent that there was not enough work for her to do and that her sister and brother-in-law were not satisfied with the work she did do. Approximately six weeks after her arrival she was unemployed. The court ordered a variation of her maintenance.

année, mais il se peut aussi qu'il ait eu une quasi-certitude en ce sens, ce qui aurait été, dans son esprit, la raison pour laquelle il convenait de limiter à un an le versement de la pension alimentaire à sa femme. Le juge de première instance n'a pas statué sur ce point. Il a passé outre à la convention simplement à cause des [TRADUCTION] «handicaps dont est actuellement victime» M^{me} Richardson. Aucun élément de preuve n'a été soumis au sujet des attentes de l'appelante. La Cour d'appel de l'Ontario, devant la rareté ou l'absence d'éléments de preuve, a refusé de statuer sur les attentes des parties.

En l'absence de preuve d'une attente commune des parties, il me semble que la convention que les parties ont conclue librement après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants (qui n'est pas lésionnaire au sens du droit positif), devrait être respectée sous réserve du principe énoncé dans l'arrêt *Pelech*. Il n'était pas imprévisible que M^{me} Richardson n'aurait pas trouvé un emploi au terme de la période d'un an. Même si elle avait des compétences comme commis-dactylographe, elle n'avait détenu aucun emploi récemment. Ce n'est pas comme si M^{me} Richardson s'était vu garantir un travail précis et que, par suite d'une série d'événements imprévus, elle ne l'aurait pas obtenu. Cela distingue l'espèce de l'arrêt *Barrett v. Barrett*, précité, où la cour a conclu que les attentes communes des parties quant à l'emploi futur de la femme ne s'étaient pas réalisées contre toute expectative et qu'une modification de l'ordonnance alimentaire était donc justifiée. Dans cette affaire, le mari avait convenu de verser à sa femme une pension de 300 \$ par mois, qui serait alors haussée à 500 \$ par mois. La pension continuerait d'être versée tant que la femme ne se remarierait pas. La femme avait voulu, et le mari était au courant de cela, retourner en Angleterre et accepter l'offre, faite par sa sœur et son beau-frère, de travailler à plein temps dans leur entreprise comme gestionnaire et commis comptable. Cependant, à son arrivée en Angleterre, il devint vite évident qu'il n'y avait pas suffisamment de travail pour elle et que sa sœur et son beau-frère n'étaient pas satisfaits de son travail. Environ six semaines après son arrivée, elle était sans emploi. Le tribunal a ordonné la modification de sa pension alimentaire.

Having regard to Mrs. Richardson's circumstances at the time of the agreement including her skills, her previous record of employment and the fact that no employment position had been guaranteed to her, it cannot be said that the possibility of her being unemployed was completely outside the reasonable contemplation of the parties. I do not believe therefore that Mrs. Richardson is entitled on that ground to be relieved from the clause in the Minutes of Settlement which provides for the cessation of her maintenance at the expiry of the one-year period.

The appellant also challenges the Court of Appeal's decision to strike out the escalator clause inserted in the decree *nisi* by Perras L.J.S.C. This case does not require us to examine the question whether in general a trial judge has power to insert an escalator clause in a decree *nisi*. This case requires us to decide only whether a trial judge can insert an escalator clause in the decree *nisi* where the parties do not have such a clause in their settlement agreement. Since there has been no change in circumstances of the kind required to justify a variation of the Minutes of Settlement entered into by the parties, the trial judge's action in this regard cannot stand.

For these reasons I would dismiss the appeal but in the circumstances without costs.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—The issue to be determined is whether, in the circumstances of this case, the judge in a divorce action properly exercised his discretion in making an order for spousal maintenance under s. 11(1) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, in an amount different from that agreed upon by the parties in settling an antecedent action under the Ontario *Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152 as amended.

Compte tenu des circonstances dans lesquelles se trouvait M^{me} Richardson au moment de la conclusion de la convention, notamment de ses compétences professionnelles, des emplois qu'elle avait occupés antérieurement et du fait qu'aucun emploi ne lui avait été garanti, on ne peut pas dire qu'il était complètement déraisonnable pour les parties de ne pas envisager la possibilité qu'elle ne trouve pas d'emploi. Je ne crois donc pas que M^{me} Richardson a le droit, pour cette raison, d'échapper à l'application de la clause de la convention qui prévoit la cessation du paiement de sa pension alimentaire au bout d'un an.

L'appelante conteste aussi la décision de la Cour d'appel de supprimer la clause d'indexation insérée dans le jugement conditionnel de divorce par le juge local Perras. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de nous demander si, en général, un juge de première instance a le pouvoir d'insérer une clause d'indexation dans un jugement conditionnel de divorce. Ce qu'il nous faut décider, c'est uniquement si un juge de première instance peut insérer une clause d'indexation dans un jugement conditionnel de divorce lorsque les parties n'ont inclus aucune clause de ce genre dans leur convention. Comme il n'y a eu aucun changement de circonstances qui puisse justifier une modification de la convention conclue par les parties, l'ajout fait par le juge de première instance à cet égard ne saurait être maintenu.

Par ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi mais, dans les circonstances, sans accorder de dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—La question est de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, le juge saisi d'une action en divorce a exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a rendu une ordonnance alimentaire en faveur du conjoint, en vertu du par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8, dont le montant était différent de ce qu'avaient convenu les parties en réglant une action antérieure fondée sur la *Loi portant réforme du droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 152 et ses modifications.

The facts and the judicial history have already been adequately given by my colleague Wilson J., and I need not repeat them at length. I should, however, observe that our perception of some of the facts and the inferences to be drawn from them at times differ, and I shall have occasion to refer to these later.

Section 11(1)(a) of the *Divorce Act*, which is the relevant provision, reads as follows:

11. (1) Upon granting a decree nisi of divorce, the court may, if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them, make one or more of the following orders, namely:

(a) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the wife
- (ii) the children of the marriage, or
- (iii) the wife and the children of the marriage;

Section 11(1)(b), it may be noted, makes similar provision for maintenance orders by wives to husbands and children, and s. 11(1)(c) provides for custody orders.

As Chouinard J. made clear in *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401, at p. 408, the provisions of the *Divorce Act* constitute the only source for the award of maintenance on divorce. It is not a common law power and a court is bound, as in the case of other statutes, to approach the issue by reference to the intention of Parliament as revealed by the words of the statute.

What immediately strikes the reader on perusing s. 11(1) is that the discretion to award maintenance is vested in the judge in the divorce action, not anyone else. The parties, therefore, cannot oust his or her jurisdiction by contract. I agree, however, that the existence of a marriage settlement is an important fact to be considered by the judge in exercising his or her discretion. While the weight to be accorded separation agreements has varied with changing social attitudes and conditions, the basic proposition that the courts may override

Les faits et l'historique des procédures judiciaires ont déjà été adéquatement exposés par ma collègue le juge Wilson, aussi n'ai-je pas à les reprendre au long. Je me dois cependant de faire observer que notre perception de certains des faits et des conclusions qu'il faut en tirer diffèrent parfois, et j'aurai l'occasion de revenir là-dessus.

Voici le texte de la disposition qui nous intéresse, savoir l'al. 11(1)a) de la *Loi sur le divorce*:

11. (1) En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir:

- a) une ordonnance enjoignant au mari d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien
 - (i) de l'épouse,
 - (ii) des enfants du mariage, ou
 - (iii) de l'épouse et des enfants du mariage;

L'alinéa 11(1)b), on peut le constater, prévoit de la même manière la possibilité de rendre des ordonnances enjoignant à une épouse de verser des aliments au mari et aux enfants, et l'al. 11(1)c) permet de rendre des ordonnances de garde.

Comme le juge Chouinard l'a dit clairement dans l'arrêt *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401, à la p. 408, les dispositions de la *Loi sur le divorce* constituent la seule source d'attribution des pensions alimentaires en cas de divorce. Ce n'est pas là un pouvoir découlant de la *common law* et le tribunal doit, comme dans le cas d'autres lois, examiner la question en fonction de l'intention du législateur qui ressort du texte de la Loi.

Ce qui frappe immédiatement lorsqu'on lit attentivement le par. 11(1), c'est que le pouvoir discrétionnaire d'accorder une pension alimentaire est conféré au juge saisi de l'action en divorce et à lui seul. Par conséquent, les parties ne peuvent écarter par contrat sa compétence en la matière. Je conviens cependant que l'existence d'une convention constitue un fait important dont doit tenir compte le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Certes le poids accordé aux conventions de séparation a varié avec l'évolution des

them has remained since it was enunciated in *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601 (H.L.) My colleague, Wilson J., has fully reviewed the jurisprudence on this aspect of the case in relation to s. 11(2) of the *Divorce Act*, which provides for a variation of such orders, in the companion case of *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, also delivered today, under the heading V. "Preliminary Observations", and I need simply refer to that part of her judgment to confirm this point. As she notes, the *Hyman* principle underlies the decision of this Court in *Messier v. Delage*.

Nor may a court of appeal usurp the jurisdiction of the trial judge in this area. The discretion to award maintenance is the trial judge's, and it is not open to a court of appeal, including this Court, to substitute its discretion for that of the trial judge. Appeal courts are restricted to dealing with the matter in conformity with traditional principles of appellate review. Here, too, I need only refer to Wilson J.'s discussion of the matter in her judgment in *Pelech* under the heading IV. "Jurisdictional Issues". Like her, I would adopt the approach set forth by Morden J.A. in *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150 (C.A.) A court of appeal's jurisdiction, in other words, is limited to reviewing the trial judge's judgment on traditional grounds such as material error including a misapprehension of the evidence, the exercise of discretion on an incorrect basis, and the like. If the judge exercises his or her jurisdiction on a proper basis, a court of appeal has no right to interfere. In the present case, the Court of Appeal reversed the decision of the trial judge, and unless that reversal can be justified on the basis of the traditional jurisdiction of a court of appeal, then the trial judge's judgment must be restored.

To determine whether the Court of Appeal was justified in its action, it is first necessary to see precisely what the trial judge's discretion is and

attitudes et des conditions sociales, mais la règle de base, portant que les tribunaux peuvent y passer outre, demeure toujours depuis qu'elle a été énoncée dans l'arrêt *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601 (H.L.) Ma collègue le juge Wilson a passé en revue toute la jurisprudence sur cet aspect de l'affaire dans le cadre de l'analyse du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, qui prévoit la possibilité de modifier ces ordonnances, qu'elle fait dans l'affaire connexe *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, dont l'arrêt est aussi prononcé aujourd'hui, sous la rubrique V. «Observations préliminaires», aussi me suffit-il de renvoyer à cette partie de ses motifs pour confirmer ce point. Comme elle le souligne, le principe de l'arrêt *Hyman* sous-tend l'arrêt de cette Cour *Messier c. Delage*.

Les tribunaux d'appel ne peuvent non plus usurper la compétence du juge de première instance en la matière. Le pouvoir discrétionnaire d'accorder des aliments appartient au juge de première instance et un tribunal d'appel, y compris cette Cour, ne saurait avoir le loisir de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance. Les tribunaux d'appel ne peuvent statuer sur la question qu'en conformité avec les principes traditionnels applicables en matière d'examen par voie d'appel. Ici aussi, je n'ai qu'à renvoyer à l'analyse que fait le juge Wilson à cet égard dans l'arrêt *Pelech*, sous la rubrique IV. «Les moyens déclinatoires». Comme elle, j'adopte la démarche proposée par le juge Morden dans l'arrêt *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150 (C.A.) En d'autres termes, la compétence d'une cour d'appel se limite à l'examen du jugement du juge de première instance pour des motifs traditionnels comme l'erreur grave, dont la méconnaissance de la preuve, l'exercice erroné de son pouvoir discrétionnaire, et ainsi de suite. Si le juge exerce correctement sa compétence, la cour d'appel ne peut intervenir. En l'espèce, la Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance et, à moins que cela puisse se justifier par la compétence traditionnelle d'un tribunal d'appel, le jugement du juge de première instance doit être rétabli.

Pour déterminer si la Cour d'appel était justifiée d'agir ainsi, il est d'abord nécessaire de cerner précisément le pouvoir discrétionnaire du juge de

what factors he or she must, under the legislation, consider in exercising that discretion.

What, then, is the discretion of the trial judge? Section 11(1)(a) provides the answer. In its words "the court may, if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them" make an order for the husband to pay a lump sum or periodic sums for maintenance. The question for the trial judge to decide, then, is what, in the circumstances, he or she thinks "fit and just". The discretion is to do what is both "fit" and "just". Matas J.A. caught the flavour of this expression in *Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51 (Man. C.A.), at p. 63 where he stated:

One of the meanings listed in The Oxford Universal Dictionary for "fit" is "Suited to the circumstances of the case, answering the purpose, proper or appropriate". As for "just", one of its definitions reads: "Consonant with the principles of moral right; equitable; fair. Of rewards, punishments, etc.: Merited. Constituted by law or by equity, lawful, rightful; legally valid." And so when judges talk of provision for maintenance being "reasonable" or "fair" or "adequate" or "proper", they are using different words to express (on some occasions perhaps more broadly than on others) what they are mandated to do under the legislation. [Emphasis added.]

This then is the mandate of the trial judge under the legislation. As Chouinard J. noted in *Messier v. Delage, supra*, at p. 414: "each case is *sui generis*". He further observed that the judge's discretion must be exercised "in accordance with the factors mentioned" in the provision. These factors, Chouinard J. tabulated as follows, at p. 411:

- (a) the conduct of the parties;
- (b) their respective conditions;
- (c) their means;
- (d) the other circumstances of either of them.

première instance et de rechercher les facteurs dont il doit tenir compte, selon la Loi, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Qu'en est-il donc du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance? L'alinéa 11(1)a fournit la réponse. Selon ses termes, «le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent», rendre une ordonnance enjoignant au mari de verser une somme globale ou des sommes échelonnées à titre d'aliments. La question que le juge de première instance doit donc trancher consiste à déterminer ce qu'il estime «juste et approprié» dans les circonstances. Son pouvoir discrétionnaire consiste à faire ce qui est à la fois «juste» et «approprié». Le juge Matas saisit bien le sens de cette expression quand il dit, dans l'arrêt *Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51 (C.A. Man.), à la p. 63:

[TRADUCTION] Voici l'un des sens donné par l'Oxford Universal Dictionary au terme «*fit*» (approprié): «Qui convient aux circonstances de l'affaire, qui répond au but, adéquat ou conforme». Quant à «*just*» (juste), l'une de ses définitions est ainsi conçue: «Conforme aux principes de la morale; équitable; impartial. En parlant de récompense, de châtement, etc.: mérité. Conforme au droit ou à l'équité, légitime, bien fondé; légalement valide.» Ainsi, lorsque les juges disent des stipulations alimentaires qu'elles doivent être «raisonnables», «équitables», «adéquates» ou «appropriées», ils ont recours à différents termes pour exprimer (à certaines occasions peut-être d'une manière plus générale qu'à d'autres) ce qu'ils ont reçu mandat de faire en vertu de la Loi. [C'est moi qui souligne.]

C'est là donc le mandat que la Loi confère au juge de première instance. Comme le juge Chouinard le souligne dans l'arrêt *Messier c. Delage*, précité, à la p. 414: «chaque cas est un cas d'espèce». Il fait aussi observer que le pouvoir discrétionnaire du juge doit être exercé «suivant les facteurs indiqués» dans la disposition. Ces facteurs, le juge Chouinard les classe ainsi, à la p. 411:

- a) la conduite des parties;
- b) leur état respectif;
- c) leurs facultés;
- d) les autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent.

In a word, the judge has a wide discretion which, as Chouinard J. noted (p. 408), has led some commentators to criticize the provision because of its lack of precision and insufficiency. Yet as he further noted, this should rather be seen as “an intentional flexibility”, a flexibility no doubt thought by Parliament to be advisable because every case is in the nature of things different — all the more so because of the overarching reality that the institution of marriage is, and was at time of the passing of the Act, in a state of flux. There are today many different kinds of marriages. One cannot treat a couple in their fifties, where the wife has stayed home for many years caring for a family, in the same way as two young childless professionals who decide to go their separate ways after a few years of marriage. Both the expectations of, and the economic implications for the spouses are vastly different, including their ability to cope adequately with the fallout from the break-up of a marriage. This is especially true having regard to the different roles that may have been adopted by the spouses in the marital relationship. That, as I said, appears to be why Parliament was “intentionally flexible” in enacting s. 11(1). In a technical sense, this position is equally applicable to men and women because it applies to s. 11(1)(b) as well, but it would be idle to pretend that today men and women are generally subject to the same economic disabilities flowing from marriage and its collapse. I see not paternalism, but realism, in the following remarks of Matas J.A. in *Ross v. Ross*, *supra*, at p. 64:

In my opinion, we have not yet reached the stage where we can safely say that generally husbands and wives are equal or nearly so, in earning capacity, or where we can necessarily say that generally the responsibilities of marriage have not disadvantaged the earning potential of the wife. In many cases, especially of more recent marriages, the courts could rely on the fairness of imposing an obligation on the wife to quickly become self-supporting. In some cases, the court could not.

En un mot, le juge jouit d'un large pouvoir discrétionnaire qui, comme le fait observer le juge Chouinard (à la p. 408), a amené certains glossateurs à critiquer la disposition en raison de son imprécision et de son insuffisance. Néanmoins, comme il l'ajoute, on doit plutôt y voir «une souplesse voulue», une souplesse sans doute jugée souhaitable par le législateur, du fait que chaque cas est par la force des choses différent, et ce, d'autant plus que la réalité fondamentale de l'institution du mariage est, et était au moment de l'adoption de la Loi, en évolution constante. Il y a aujourd'hui de nombreux genres de mariage. On ne peut traiter un couple dans la cinquantaine, dont la femme est restée au foyer durant de longues années pour élever sa famille, de la même manière que deux jeunes professionnels, sans enfants, qui décident de se séparer après quelques années de mariage. Les attentes des conjoints comme les répercussions qu'ils connaissent sur le plan économique sont extrêmement différentes, y compris leur capacité de surmonter les conséquences de la rupture du mariage. Cela est particulièrement vrai quand on considère les rôles différents que peuvent avoir joué les conjoints au cours du mariage. Cela, comme je l'ai dit, semble être la raison pour laquelle le législateur a voulu faire preuve de la «souplesse voulue» en adoptant le par. 11(1). Au sens strict, cette conception est applicable également aux femmes et aux hommes du fait qu'elle s'applique aussi à l'al. 11(1)b), mais il serait vain de prétendre qu'aujourd'hui les hommes et les femmes souffrent en général des mêmes désavantages économiques après l'effondrement d'un mariage. Je ne décèle aucun paternalisme, mais plutôt du réalisme, dans les propos tenus par le juge Matas dans l'arrêt *Ross v. Ross*, précité, à la p. 64:

[TRADUCTION] À mon avis, nous n'avons pas encore atteint le stade où nous pouvons dire à coup sûr qu'en général le mari et l'épouse sont égaux ou presque sur le plan de leur capacité de gain, ni celui où nous pouvons nécessairement dire qu'en général les responsabilités du mariage n'ont pas nui au potentiel de l'épouse de gagner un revenu. Dans bien des cas, surtout dans celui des mariages les plus récents, les tribunaux pourraient considérer comme équitable l'imposition d'une obligation à l'épouse de devenir autosuffisante rapidement. Dans certains cas, le tribunal ne le pourrait pas.

I agree with him, too, in saying of two marriages such as those above described that:

It would be patently unfair to try to force both these kinds of marriages into specific categories in order to decide the appropriate level of maintenance to be paid, or to decide if the court should intervene to correct an unjust agreement. Obviously, it would be unusual to find marriages to fit these circumstances exactly. Additional factors will surely be present in any real situation. But the examples, in this simplistic form, may serve to highlight the profound differences which may exist between one marriage and another.

Similar sentiments have been expressed in the Quebec Court of Appeal; see Vallerand J.A. in *Droit de la famille—193*, [1985] C.A. 252, at p. 259, and LeBel J.A. in *Droit de la famille—221*, [1985] C.A. 394, at pp. 400-01.

At all events, the factors to be considered are those dictated by the Act, and the person assigned the task of assessing these factors is the trial judge, not the Court of Appeal or this Court nor the parties themselves by means of a contract.

To allow separation agreements the kind of compelling weight argued for in this case is effectively to rewrite the Act so as to provide that where such an agreement exists, the trial judge's discretion is solely to vary the agreement in those cases only where radical or, to use the expression employed in some cases, catastrophic changes have occurred since it was made. That I have correctly understood this approach is clearly revealed in the dissenting judgment of Huband J.A. in *Ross v. Ross*, *supra*, pp. 73-74, cited by Wilson J. in *Pelech* as follows:

With respect, I do not think that the fact that a separation agreement is, or seems to be, unfair to one of the parties, is a sufficient foundation for the court to vary the terms of a separation agreement. There are many contracts which, in retrospect, may be viewed as "unfair" to one of the contracting parties, but that is not, of itself, in law or in equity, a basis for altering the agreement.

Je suis également d'accord avec lui pour dire ceci, au sujet de deux mariages comme ceux décrits ci-dessus:

[TRADUCTION] Il serait manifestement injuste d'essayer de faire entrer de force ces deux genres de mariage dans des catégories spécifiques, afin de déterminer le niveau approprié des aliments à payer ou de décider si le tribunal doit intervenir pour corriger une convention injuste. De toute évidence, il serait exceptionnel de trouver des mariages correspondant exactement à ces circonstances. Des facteurs additionnels s'ajouteront sûrement dans toute situation réelle. Mais ces exemples, tout simples qu'ils soient, peuvent servir à mettre en lumière les différences profondes qui peuvent exister entre un mariage et un autre.

La Cour d'appel du Québec a exprimé des sentiments semblables: voir le juge Vallerand dans *Droit de la famille—193*, [1985] C.A. 252, à la p. 259, et le juge LeBel dans *Droit de la famille—221*, [1985] C.A. 394, aux pp. 400 et 401.

Quoi qu'il en soit, les facteurs dont il faut tenir compte sont ceux prescrits par la Loi et celui à qui revient la tâche de les évaluer, c'est le juge de première instance, et non la Cour d'appel ni cette Cour, ni les parties elles-mêmes au moyen d'un contrat.

Accorder aux conventions de séparation la force obligatoire préconisée en l'espèce, c'est en fait récrire la Loi pour disposer que, lorsqu'une convention de ce genre existe, le pouvoir discrétionnaire du juge se borne à la modifier dans les cas uniquement où des changements radicaux ou, pour reprendre l'expression utilisée dans certaines décisions, catastrophiques se sont produits depuis qu'elle a été conclue. Les motifs de dissidence rédigés par le juge Huband dans l'affaire *Ross v. Ross*, précitée, aux pp. 73 et 74, cités aussi par le juge Wilson dans l'affaire *Pelech*, montrent clairement que ma conception de cette démarche est la bonne:

[TRADUCTION] Avec égards, je ne pense pas que le fait qu'une convention de séparation soit, ou semble être, injuste pour l'une des parties constitue un motif suffisant pour que le tribunal en modifie les conditions. Il y a beaucoup de contrats qui, après coup, peuvent être considérés comme «injustes» pour l'une des parties contractantes, mais ce n'est pas là en soi, ni en droit ni en equity, une raison de modifier l'accord intervenu.

I am not, as I mentioned earlier, saying that a separation agreement is not an important fact to be considered by the judge in exercising his or her discretion. Such an agreement falls within the factors "conduct of the parties" or "other circumstances" mentioned in s. 11(1). It is obviously better for the parties to settle their affairs whenever possible. As well, settlement by the parties assists the courts in performing their function; it can save time and costs. Still, the latter considerations should not be used as an excuse to displace the court's function. Consequently, as many courts have stated, while such an agreement should not lightly be disturbed, at the end of the day, the judge cannot be bound by it. It is the judge who has been given the discretion to decide what is fit and just in the circumstances. See, in this context, Gagnon J.A. of the Quebec Court of Appeal in *Ménard v. Ricard*, [1974] C.A. 157, at p. 159. Undoubtedly, the judge should, in the exercise of that discretion, respect an agreement that is reasonably fair and equitable, and failure to do so may well provide grounds for appellate intervention. But how can his adoption of an agreement that is manifestly harsh and unfair be "fit and just"? And such harshness and unfairness may manifest itself either at the time the contract is made or when the time has come for the judge to make his or her decision.

As will be obvious, so far as an order for maintenance under s. 11(1) of the Act is concerned, I am in general agreement with the approach adopted by the Manitoba Court of Appeal described by my colleague's judgment in *Pelech* under the heading VI. B. "*The Court's Overriding Power*". I repeat the words of Monnin J.A. in *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50, at p. 52, but I would underline that he was there dealing with an order for maintenance under s. 11(1) and not s. 11(2):

I have always been and still am of the view that under Sec. 11 of the *Divorce Act*, a court can do what it thinks

Je ne prétends pas, comme je l'ai dit auparavant, qu'une convention de séparation n'est pas un fait important dont doit tenir compte le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Une telle convention se situe dans la catégorie des facteurs «conduite des parties» ou «autres circonstances» que mentionne le par. 11(1). Manifestement, il vaut mieux que les parties règlent elles-mêmes leurs affaires dans tous les cas où cela est possible. De même, la convention des parties aide les tribunaux à exercer leur fonction; elle peut permettre d'économiser temps et argent. Néanmoins, ces considérations ne devraient pas servir d'excuse pour destituer le tribunal de sa fonction. Par conséquent, comme l'ont affirmé un grand nombre de tribunaux, bien qu'une convention de ce genre ne doive pas être modifiée à la légère, en dernière analyse, elle ne saurait lier le juge. C'est au juge qu'a été conféré le pouvoir discrétionnaire de décider ce qui est juste et approprié dans les circonstances. Voir, à cet égard, le juge Gagnon de la Cour d'appel du Québec dans *Ménard c. Ricard*, [1974] C.A. 157, à la p. 159. Il ne fait pas de doute que le juge doit, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, respecter une convention qui est raisonnablement juste et équitable; ne pas le faire pourrait bien justifier un tribunal d'appel d'intervenir. Mais comment son adoption d'une convention manifestement draconienne et inéquitable peut-elle être «juste et appropriée»? Ce caractère draconien et cette inéquité peuvent se manifester autant au moment de la conclusion du contrat qu'au moment où le temps est venu pour le juge de rendre sa décision.

Comme cela va devenir évident, pour ce qui est d'une ordonnance alimentaire fondée sur le par. 11(1) de la Loi, je partage, dans ces grandes lignes, le point de vue de la Cour d'appel du Manitoba, que décrit ma collègue dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'affaire *Pelech*, sous la rubrique VI. B. «*L'autorité prépondérante du tribunal*». Je reprends les termes du juge Monnin dans l'arrêt *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50, à la p. 52, tout en soulignant qu'il était alors saisi d'une ordonnance alimentaire fondée sur le par. 11(1) et non sur le par. 11(2):

[TRADUCTION] J'ai toujours été et je suis encore d'avis qu'en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*, un

proper under the circumstances with respect to maintenance for the wife and children and the hands of the court cannot be fettered by a written agreement executed by the parties. It is clear though that, in order to encourage at all times this type of settlement, rather than to encourage litigation between the spouses, the court should not lightly disturb the terms of a duly negotiated contract. But if the court feels that there is need for change, it allows it.

See also *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412 (Man. C.A.), and *Ross v. Ross*, *supra*.

I would add that this approach to s. 11(1) is not confined to the Manitoba courts. The same approach has been taken in Saskatchewan and Alberta; see the judgment of Bayda J. (as he then was) in *Thompson v. Thompson* (1974), 16 R.F.L. 158 (Sask. Q.B.) as well as *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113 (Alta. C.A.) The Ontario courts' position does not until now seem to have been substantially different. In *Harrington v. Harrington*, *supra*, the Ontario Court of Appeal, acting under s. 11(1), ordered an increase in the wife's maintenance over what had been provided in a marital settlement on the basis that the husband's income had increased by 50 per cent during the intervening period. See also *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186 (Ont. H.C.), which bears some resemblance to this case. The Quebec cases I have cited also favour the general approach I have taken.

In adopting the view that a court should vary a separation agreement only where there has been a radical change in the circumstances of a former spouse after the agreement was made, my colleague, Wilson J., relies on the test she formulated in *Pelech* regarding a variation of an original maintenance order under s. 11(2) of the *Divorce Act*. The cases upon which she principally relies, *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244, *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113, and *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609, all in the Ontario Court of Appeal, also deal with variation orders. I shall have more to say about the approach that should be taken in dealing with

tribunal peut faire ce qu'il juge approprié de faire dans les circonstances en matière de soutien alimentaire de l'épouse et des enfants, et que le tribunal ne saurait avoir les mains liées par quelque convention écrite signée par les parties. Il est cependant clair que, pour encourager en tout temps ce genre de règlement plutôt que les procès entre conjoints, le tribunal ne devrait pas modifier à la légère les conditions d'un contrat dûment négocié. Mais si le tribunal estime qu'une révision s'impose, il y fait droit.

Voir aussi les arrêts *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412 (C.A. Man.), et *Ross v. Ross*, précité.

J'ajouterais que cette conception du par. 11(1) n'est pas limitée aux tribunaux manitobains. Elle a été également adoptée en Saskatchewan et en Alberta; voir le jugement du juge Bayda (plus tard Juge en chef de la Saskatchewan) dans l'affaire *Thompson v. Thompson* (1974), 16 R.F.L. 158 (B.R. Sask.), et l'arrêt *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113 (C.A. Alb.) La position des tribunaux ontariens ne semble pas jusqu'à maintenant avoir été essentiellement différente. Dans l'arrêt *Harrington v. Harrington*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario, se fondant sur le par. 11(1), avait ordonné de hausser la pension alimentaire de l'épouse au-delà de ce que prévoyait la convention matrimoniale, pour le motif que le revenu du mari avait augmenté de 50 pour 100 dans l'intervalle. Voir aussi l'affaire *Van Doorn v. Van Doorn* (1985), 46 R.F.L. (2d) 186 (H.C. Ont.), qui est quelque peu semblable à l'espèce. La jurisprudence québécoise que j'ai citée favorise aussi le point de vue général que j'ai adopté.

En considérant qu'un tribunal ne devrait modifier une convention de séparation qu'en cas de changement radical des circonstances dans lesquelles se trouve l'ancien conjoint, après la conclusion de la convention, ma collègue le juge Wilson se fonde sur le critère qu'elle a formulé dans l'affaire *Pelech* concernant la modification de l'ordonnance alimentaire initiale, fondée sur le par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*. La jurisprudence qu'elle invoque principalement, savoir les arrêts *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244, *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113, et *Joyce v. Joyce* (1984), 47 O.R. (2d) 609, tous de la Cour d'appel de l'Ontario, porte aussi sur des ordonnan-

variation orders in my judgment in *Pelech v. Pelech*, *supra*. It is sufficient here to say that I see significant differences between the two types of decision. When the trial judge exercises an original discretion in a divorce action to make an order for maintenance where the parties have entered into an agreement, it comes to the judge for the first time and he or she must review all the circumstances as a whole in exercising the discretion given by the *Divorce Act* to do what is fit and just. When variation of such an order is sought, however, the judge is dealing with an order by which it has already been judicially determined under the Act that the agreement was fit and just. The judge's authority is under the Act then confined to considering circumstances that have since intervened. Under these circumstances, a judge should adopt a far more stringent attitude before disturbing the agreement incorporated into a maintenance order. To do otherwise would amount to a reconsideration of the original order which, in my view, was never intended by s. 11(2) of the Act. Other courts have noted the more stringent onus that lies on a party seeking a variation of a maintenance order incorporating an agreement of the parties than that which lies on a party when an agreement is originally considered at the time the maintenance order is first made; see *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449, at p. 457, *per* Walsh J., cited by Blair J.A. in *Webb v. Webb*, *supra*, at pp. 140-41.

I should observe here, too, that a separation agreement sanctioned by a provincial family relations Act while the parties are married serves a different purpose from that of an agreement sanctioned in a divorce proceeding. A separation agreement made under a regime of provincial law is intended to deal, and can only constitutionally deal, with continuing marital obligations. A divorce, on the other hand, is a final dissolution of a marriage and should be interpreted with finality

ces de modification. J'en ai plus long à dire sur la démarche que l'on devrait suivre en matière d'ordonnance de modification dans les motifs que j'ai rédigés dans l'affaire *Pelech c. Pelech*, précitée. Il suffit de dire ici que je perçois des différences importantes entre les deux genres de décision. Lorsque le juge de première instance exerce son pouvoir discrétionnaire pour la première fois dans une action en divorce, en rendant une ordonnance alimentaire alors que les parties ont conclu une convention, il est saisi de la question pour la première fois et il doit examiner l'ensemble de toutes les circonstances en exerçant le pouvoir discrétionnaire de faire ce qui est juste et approprié, que lui confère la *Loi sur le divorce*. Cependant, lorsqu'on demande la modification de cette ordonnance, le juge est saisi d'une ordonnance par laquelle il a déjà été déterminé en justice que, selon la Loi, la convention est juste et appropriée. Le pouvoir du juge en vertu de la Loi se borne alors à un examen des circonstances intervenues depuis. Dans ces circonstances, le juge devrait adopter une attitude beaucoup plus stricte avant de modifier la convention incorporée dans l'ordonnance alimentaire. Autrement, on remettrait en cause la première ordonnance ce qui, à mon avis, n'a jamais été l'intention du par. 11(2) de la Loi. D'autres tribunaux ont souligné le fardeau beaucoup plus lourd qui repose sur la partie qui demande la modification d'une ordonnance alimentaire qui incorpore une convention des parties, que celui qui repose sur une partie lorsqu'une convention est examinée pour la première fois au moment de rendre l'ordonnance alimentaire initiale; voir l'affaire *Malcovitch v. Malcovitch* (1978), 21 O.R. (2d) 449, à la p. 457, le juge Walsh, cité par le juge Blair dans l'arrêt *Webb v. Webb*, précité, aux pp. 140 et 141.

Je devrais également souligner ici qu'une convention de séparation sanctionnée par une loi provinciale sur la famille, alors que les parties sont toujours mariées, répond à un objectif différent de celui d'une convention sanctionnée dans des procédures de divorce. Une convention de séparation faite sous le régime du droit provincial vise, et ne peut constitutionnellement viser, que le maintien des obligations matrimoniales. Le divorce, par contre, dissout définitivement le mariage et doit

in mind. Lamer J. in his dissent (with whom McIntyre and Wilson JJ. concurred) expressed this thought in the following manner in *Messier v. Delage, supra*, at p. 421:

Furthermore, quite apart from the fact that the woman rather than the man is the recipient of maintenance, the divorce itself is intended to dissolve the marriage bond, whereas separation only changes the living arrangements. If the divorce terminates the marriage, it is desirable that the *Divorce Act* should apply to ensure the termination of all relations, even those that are financial, provided—this must be borne in mind—that such a thing is possible. [Emphasis added.]

In her heading VII. "Conclusions" in *Pelech*, my colleague suggests that the case by case approach and the continuing surveillance of separation agreements by the courts will ultimately reinforce the bias that Matas J.A. refers to in the passage in *Ross v. Ross, supra*, and she seeks to find a more precise standard for the exercise of the courts' functions. She further asserts that people should, as an overriding policy consideration, be encouraged to take responsibility for their own decisions in these matters. I do not, of course, quarrel with the goal of having people settling their financial affairs, marital and otherwise, in a mature and responsible fashion. We would have far less need for law courts if they did. What we really disagree about, I suppose, is the effectiveness of the means she proposes to achieve those results and, more importantly, whether in interpreting s. 11(1) in this way we are not developing judicial policy as opposed to the policy spelled out in the Act. I would again underline what I have previously said, that there is a world of difference between surveillance of marital agreements before and after divorce.

Assuming courts have authority to develop the policies proposed, I think that the adoption of these rigorous policies in regard to a separation agreement can have little, if any, influence on people who are now or soon will come before divorce courts. On any standard, the suggested

être interprété en ayant à l'esprit ce caractère définitif. Le juge Lamer, dans sa dissidence (à laquelle ont souscrit les juges McIntyre et Wilson), exprime cette idée de la manière suivante dans l'arrêt *Messier c. Delage*, précité, à la p. 421:

De plus, et ce indépendamment du fait que la femme soit, plutôt que le mari, la récipiendaire de la pension, le divorce lui-même a pour but de dissoudre le lien matrimonial, tandis que la séparation ne fait qu'en changer les modalités. Si le divorce met fin au mariage, il est souhaitable que la *Loi sur le divorce* s'applique de façon à favoriser la fin de toutes relations, mêmes financières, toujours, il est bon de le rappeler, lorsque la chose est possible. [C'est moi qui souligne.]

Sous la rubrique VII. «Conclusions» dans l'affaire *Pelech*, ma collègue laisse entendre que la méthode cas par cas et la surveillance constante des conventions de séparation par les tribunaux renforceront en fin de compte le préjugé que le juge Matas mentionne dans le passage de l'arrêt *Ross v. Ross*, précité, aussi recherche-t-elle une norme plus précise de l'exercice des fonctions du tribunal. Elle soutient en outre que les gens devraient, comme considération de principe prédominante, être encouragés à assumer la responsabilité de leurs propres décisions en la matière. Bien entendu, je ne conteste pas l'objectif de voir les gens régler leurs affaires financières, matrimoniales et autres, d'une manière responsable et adulte. Il serait beaucoup moins nécessaire de recourir à la justice si c'était le cas. Là où nous ne nous entendons vraiment pas, je suppose, c'est au niveau de l'efficacité des moyens auxquels elle propose de recourir pour arriver à ces résultats et, qui plus est, au niveau de la question de savoir si en donnant cette interprétation au par. 11(1) nous nous trouvons à formuler une politique judiciaire par rapport à celle énoncée dans la Loi. Je soulignerais à nouveau ce que j'ai dit antérieurement, savoir qu'il y a un monde entre la surveillance des conventions entre conjoints conclues avant le divorce et celles conclues après.

En présumant que les tribunaux ont le pouvoir d'élaborer les politiques proposées, je pense qu'adopter ces politiques rigoureuses dans le cas d'une convention de séparation ne peut avoir éventuellement que peu d'influence sur ceux qui sont maintenant, ou qui le seront bientôt, devant les tribunaux

educational function can scarcely be expected to have any real impact on those people. Apart from this, I seriously doubt that the adoption of such a judicial policy would have much effect on what people will do at what, for most of them, is one of the most stressful periods of their lives. Lawyers and judges alike are prone to exaggerate the influence legal rules of this kind have on people's behaviour. What we do know for certain is that many people under these circumstances do very unwise things, things that are anything but mature and sensible, even when they consult legal counsel.

Even if I thought that the adoption of such a judicial policy would have the desired effect, I do not think we are given the power to do this at the expense of those whom Parliament sought to protect by giving jurisdiction to a judge to order what he or she thinks is "fit and just" having regard to the factors spelled out in the legislation. Parliament's policy, as Chouinard J. noted, is one of "intentional flexibility" aimed at meeting the variegated situations a trial judge must face in divorce matters. I am confident that trial judges are in a better situation to respond to this policy than appeal court judges; trial judges hear the matter first hand. Parliament obviously took this view in vesting the discretion in them. Theirs is the task of making the decision, weighing the factors prescribed by the Act. Courts of appeal undoubtedly have a role within the limits previously described, in seeing that trial judges properly exercise their discretion by adequately weighing the factors they are required to consider, but the search for precision must be confined within the intentionally flexible policy adopted by Parliament. There is no flexibility in a judicially created policy that requires a judge to exercise his or her discretion to do what is fit and just in accordance with the provisions of a separation agreement unless radical changes have occurred since the agreement was made. Under such a policy, the judge's discretion simply becomes no more than one to vary a separation agreement when subsequent radical circum-

de divorce. Quelle que soit la norme choisie, on ne peut guère s'attendre à ce que la fonction éducative proposée ait une incidence réelle sur ces gens. Cela mis à part, je doute vraiment que l'adoption d'une telle politique judiciaire ait un grand effet sur ce que les gens feront à ce qui constitue, dans la plupart des cas, l'un des moments les plus traumatisants de toute leur vie. Avocats et juges ont souvent tendance à exagérer l'influence que les règles juridiques de ce genre ont sur le comportement des gens. Ce que nous savons avec certitude, c'est que bien des gens, dans ces circonstances, font des choses contraires au bon sens et qui sont loin d'être le fait d'adultes raisonnables, même lorsqu'ils ont recours à un conseiller juridique.

Même si je croyais que l'adoption d'une telle politique judiciaire aurait l'effet souhaité, je ne crois pas que nous ayons le pouvoir de le faire au dépens de ceux que le Parlement a voulu protéger en donnant au juge le pouvoir d'ordonner ce qu'il estime «juste et approprié», compte tenu des facteurs énoncés dans la Loi. La politique du législateur fédéral, comme le juge Chouinard l'a noté, en est une de «souplesse voulue» qui vise à répondre aux diverses situations auxquelles le juge de première instance doit faire face en matière de divorce. Je suis assuré que le juge de première instance est mieux placé pour donner suite à cette politique que les juges des tribunaux d'appel; le juge de première instance est directement saisi de l'affaire. Le législateur, de toute évidence, était de cet avis quand il l'a investi de ce pouvoir discrétionnaire. Il a pour tâche de rendre une décision en soupesant les facteurs prescrits par la Loi. Les tribunaux d'appel ont sans aucun doute le rôle, dans les limites déjà décrites, de s'assurer que le juge de première instance exerce régulièrement son pouvoir discrétionnaire, en soupesant adéquatement les facteurs dont il est obligé de tenir compte; mais cette recherche de précision doit respecter la politique de souplesse voulue adoptée par le législateur. Il n'y a aucune souplesse dans une politique créée par les tribunaux, qui oblige le juge à exercer son pouvoir discrétionnaire de faire ce qui est juste et approprié, en conformité avec les dispositions d'une convention de séparation, à moins que des

stances have occurred. This, in my view, amounts to rewriting the Act. This we have no right to do.

We are told that recent statutory provisions reinforce the judicial policy by encouraging out-of-court settlement of marital disputes. I agree that conciliation procedures to encourage such settlements in divorce proceedings are a desirable innovation. But we are not talking about that kind of procedure, and as I read the more modern statutes they do not support the proposition that separation agreements are to have virtually binding force unless radical changes have since occurred. The *Divorce Act* itself contemplates a flexible regime as I have been at pains to note. And the various provincial family law Acts of recent years appear to me to reveal a quite different approach to separation agreements than has been argued for here. To begin with, the central philosophy of these Acts is to recognize the equal position of the spouses in the marriage partnership and in support of such recognition to provide for an orderly and equitable resolution of their affairs on the breakdown of their marriage (see the *Family Law Act, 1986*, S.O. 1986, c. 4, Preamble; see also its predecessor, the *Family Law Reform Act, supra*, which governs here). To this end, it contemplates the equal division of assets. Furthermore, while parties may contract out of this regime, since 1978 the Act has provided that the court may set aside a provision for support in a marital contract if such provision “results in unconscionable circumstances” (emphasis added); see S.O. 1978, c. 2, s. 18(4), a provision repeated with modifications in s. 33(4) of the 1986 Act, *supra*. It will be observed that this provision is not limited to common law unconscionability under which a contract may be avoided because of unconscionable action at the time of the agreement, but by referring to results extends its application into the future. This is consistent, incidentally, with the law in several other jurisdictions; see New Brunswick, *Child and Family Services and Family Relations Act*,

changements radicaux ne se soient produits depuis que la convention a été conclue. En vertu d’une telle politique, le pouvoir discrétionnaire du juge devient simplement le pouvoir de modifier une convention de séparation lorsqu’un changement de circonstances radical est survenu ultérieurement. Cela équivaut, à mon avis, à récrire la Loi, ce que nous n’avons pas le droit de faire.

On nous dit que de récentes dispositions légales renforcent cette politique judiciaire en encourageant le règlement hors cours des litiges matrimoniaux. Je reconnais que la procédure de conciliation destinée à encourager de tels règlements en matière de divorce est une innovation souhaitable. Mais nous ne parlons pas de ce genre de procédure ici et, d’ailleurs, selon mon interprétation des lois plus modernes, elles ne justifient pas de dire que les conventions de séparation acquièrent une force virtuellement obligatoire sauf si des changements radicaux sont survenus depuis leur conclusion. La *Loi sur le divorce* elle-même prévoit un régime souple, comme j’ai pris soin de le souligner. Et les diverses lois provinciales adoptées ces dernières années en matière de droit de la famille me paraissent révéler une conception des conventions de séparation fort différente de celle soutenue en l’espèce. Pour commencer, la principale philosophie de ces lois consiste à reconnaître l’égalité des conjoints dans le mariage et, en conséquence, à prévoir un règlement ordonné et équitable de leurs affaires au moment de la rupture de leur mariage (voir la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, chap. 4, préambule; voir aussi la loi qui l’a précédée, soit la *Loi portant réforme du droit de la famille*, précitée, qui s’applique ici). À cette fin, elle prévoit un partage égal des biens. De plus, alors que les parties peuvent par contrat renoncer à l’application du régime, depuis 1978 la Loi prévoit que le tribunal peut annuler une disposition alimentaire d’un contrat matrimonial dans le cas où elle «conduirai[t] à un résultat oppressif» (c’est moi qui souligne); voir L.O. 1978, chap. 2, par. 18(4), une disposition reprise avec modifications au par. 33(4) de la loi de 1986, précitée. On remarquera que cette disposition ne se limite pas à la lésion de *common law*, en vertu de laquelle le contrat peut être résilié pour cause d’acte lésionnaire au moment de sa conclusion, mais en faisant

S.N.B. 1980, c. C-2.1, s. 115(5); Prince Edward Island, *Family Law Reform Act*, S.P.E.I. 1978, c. 6, s. 19(4); Yukon, *Matrimonial Property and Family Support Ordinance*, S.Y.T. 1979 (2nd), c. 11, s. 30.5(4), enacted S.Y.T. 1980 (2nd), c. 15, s. 7(1); for the similar situation in Quebec, see *Ménard v. Ricard*, *supra*; applied in *D'Errico v. D'Errico*, [1980] C.A. 27, at pp. 28-29. It strikes me as strange that a court would feel justified in setting aside a separation agreement under the common law doctrine of unconscionability while ignoring the doctrine of unconscionability expressly provided for under the specific legal regime under which the agreement in this case was made.

The *Family Law Reform Act*, *supra*, also provides that the court may set aside a provision for support in such agreement where the person supported qualifies for an allowance for support out of public money; see s. 18(4)(b), now replaced by s. 33(4)(b) of the *Family Law Act, 1986*, *supra*. This provision underlines the public aspect of marriage and in particular recognizes that the role of one of the partners in a marriage may impede that partner in the job market, and that the choice of marriage roles adopted by the parties should, in a measure, be borne by both partners to the marriage. Otherwise, marriage partners could arrange their affairs on the break-down of the marriage in total disregard of the public interest; see *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313 (C.A.)

I shall now briefly examine the facts of this case in the light of the foregoing considerations. The Richardsons were married in 1967, both for the first time. He was then 23 and she, 27. They were divorced sixteen years later in 1983, when he was 40 and she was 43. They had two children. On divorce, she was given custody of one of the chil-

référence aux résultats éventuels, elle étend son application à l'avenir. Cela est d'ailleurs conforme à la loi en vigueur dans plusieurs autres ressorts; voir la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille et sur les relations familiales* du Nouveau-Brunswick, L.N.-B. 1980, chap. C-2.1, par. 115(5); la *Family Law Reform Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, S.P.E.I. 1978, chap. 6, par. 19(4); la *Matrimonial Property and Family Support Ordinance* du Yukon, S.Y.T. 1979 (2nd), chap. 11, par. 30.5(4), adopté à S.Y.T. 1980 (2nd), chap. 15, par. 7(1); pour la même situation au Québec, voir *Ménard c. Ricard*, précité; arrêt suivi dans *D'Errico c. D'Errico*, [1980] C.A. 27, aux pp. 28 et 29. Je trouve étrange qu'un tribunal se sente justifié d'annuler une convention de séparation en vertu du principe de la lésion de *common law*, tout en faisant abstraction de celui de la lésion expressément prévu par le régime légal particulier en vertu duquel la convention a été conclue en l'espèce.

La *Loi portant réforme du droit de la famille*, précitée, prévoit aussi que le tribunal peut annuler une stipulation alimentaire dans le cas d'une convention où le créancier alimentaire est admissible aux prestations sociales prélevées à même les deniers publics; voir l'al. 18(4)(b), maintenant remplacé par l'al. 33(4)(b) de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, précitée. Cette disposition souligne l'aspect public du mariage et reconnaît en particulier que le rôle joué par l'un des partenaires dans le mariage peut éventuellement lui nuire sur le marché du travail et que les deux partenaires devraient, dans une certaine mesure, assumer la responsabilité du choix des rôles qu'ils ont joués au cours du mariage. Autrement, les partenaires pourraient arranger leurs affaires au moment de la rupture du mariage sans aucun égard pour l'intérêt public; voir l'arrêt *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313 (C.A.)

Je vais maintenant examiner brièvement les faits de la présente affaire en fonction des considérations qui précèdent. Les Richardson se sont mariés en 1967, tous les deux pour la première fois. Il avait alors 23 ans et elle 27. Ils ont divorcé seize ans plus tard, en 1983; il avait alors 40 ans et elle 43. Ils ont eu deux enfants. Au moment du

dren and he of the other. The judge accorded her \$500 monthly as maintenance for herself and \$300 for the child. Mr. Richardson had been a police officer since 1964 and is now a sergeant with the Ottawa Police Force with an annual income at the time of the divorce of approximately \$40,000. At the time of the marriage, Mrs. Richardson was employed as a clerk-typist with the National Research Council and continued to work there until the birth of their second child in 1974. During the remainder of the marriage, she did not work outside the home, except for negligible periods of one month in 1974 and three months in 1976. The parties separated in 1979. The husband then went to reside with the co-respondent in the divorce action, Mrs. Richardson remaining in the matrimonial home until 1980. In 1980, the parties commenced proceedings under the *Family Law Reform Act, supra*, and it was under the aegis of these proceedings that the separation agreement was made. Under the agreement, Mr. Richardson retained the equity in the marital home (valued at roughly \$21,000 at the time of the divorce), he and Mrs. Richardson equally assumed a debt of \$20,000 owed to Mrs. Richardson's parents, and he assumed other marital debts amounting to some \$9,500. Thus he was left with net assets which were not very large but included the equity in the family home, while she was left with a debt of \$10,000. She was, however, to be paid maintenance of \$175 per month for herself for the period of one year and \$300 per month in respect of the child of whom she had custody. While these proceedings were going on, Mrs. Richardson moved to North Bay to live with her parents because of financial difficulties. At the time of the divorce, Mrs. Richardson had not yet been able to obtain employment.

During the years she stayed home with the children, her skills would, in my view, not only have atrophied; she would not have been able to gain the new skills that are so necessary today in her field as well as in others. To use the words of Judge Rosalie S. Abella, "The years when the

divorce, elle a obtenu la garde de l'un des enfants et lui la garde de l'autre. Le juge a accordé une pension alimentaire mensuelle de 500 \$ à l'épouse et de 300 \$ à l'enfant. Monsieur Richardson, agent de police depuis 1964 et aujourd'hui sergent au service de la police d'Ottawa, avait un revenu annuel au moment du divorce d'environ 40 000 \$. Au moment du mariage, M^{me} Richardson travaillait, à titre de commis-dactylographe, au Conseil national de recherches, et elle a conservé cet emploi jusqu'à la naissance de son second enfant en 1974. Pendant le reste du mariage, elle n'a plus travaillé à l'extérieur du foyer, si ce n'est pour des périodes négligeables d'un mois en 1974 et de trois mois en 1976. Les parties se sont séparées en 1979. Le mari est alors aller vivre avec la coïntimée à l'action en divorce, M^{me} Richardson continuant d'habiter la résidence familiale jusqu'en 1980. En 1980, les parties engageaient des procédures fondées sur la *Loi portant réforme du droit de la famille*, précitée, et c'est dans le cadre de ces procédures que la convention de séparation a été conclue. En vertu de la convention, M. Richardson a conservé la valeur nette de la résidence familiale (environ 21 000 \$ au moment du divorce), lui et M^{me} Richardson assumant pour une part égale une dette de 20 000 \$ envers les parents de M^{me} Richardson; il a assumé aussi certaines autres dettes du ménage, s'élevant à quelque 9 500 \$. Ainsi, il lui restait un actif net qui, tout en étant modeste, incluait la valeur nette de la résidence familiale, alors qu'elle se retrouvait obligée d'assumer une dette de 10 000 \$. Elle devenait néanmoins créancière d'une pension alimentaire mensuelle de 175 \$ pour elle-même, pendant un an, et de 300 \$ par mois, d'une durée illimitée, pour l'enfant dont elle avait la garde. Au cours de ces procédures, M^{me} Richardson a déménagé à North Bay pour aller vivre avec ses parents en raison de problèmes financiers. Au moment du divorce, M^{me} Richardson n'avait toujours pas trouvé d'emploi.

Durant les années où elle est restée au foyer à élever ses enfants, non seulement ses compétences professionnelles ont dû, à mon avis, diminuer, mais elle n'a pu acquérir les nouvelles compétences aujourd'hui requises dans son domaine comme dans bien d'autres. Pour reprendre les termes du juge

husband was increasing his educational and career prospects, were years which increasingly diminished the wife's prospects in the labour force"; see "Economic Adjustment on Marriage Breakdown: Support" in Family Law and Social Policy Workshop Series (Faculty of Law of the University of Toronto, January 14, 1982), at p. 19 [published (1981), 4 *F.L.R.* 1]; cited with approval by L'Heureux-Dubé J.A. in *Droit de la famille—193, supra*, p. 256. Nor must one overlook that Mrs. Richardson is now in her mid-forties and must find time and energy to care for a child, factors that are by no means negligible in assessing her competitive position as against younger people with recent training. Her present situation thus flows directly from the marriage. All of the above matters taken together are surely sufficient to justify the trial judge's decision in the exercise of his discretion that it would be fit and just to order an award of maintenance for Mrs. Richardson in the amount of \$500 per month having regard to her former husband's current situation. This order can be varied either way later, as the need arises, under s. 11(2) of the *Divorce Act*.

But what of the agreement? While, as I stated earlier, such agreements must be given appropriate weight, a situation that is not fit and just will not be made so because an agreement has been made. That would amount to repudiating *Hyman v. Hyman, supra*, which, it is common ground, remains the law. The trial judge, weighing the relevant factors, has determined that it would not be fit and just to permit the parties' relationship to continue to be governed by a provision of the separation agreement under which a destitute and indebted spouse was to receive support at the rate of \$175 for one year only, a period that had expired when the divorce decree was issued. No sufficient reason has been advanced to disturb the trial judge's decision and, in my view, the Court of Appeal should not have done so.

Rosalie S. Abella, [TRADUCTION] «Pendant ces années, alors que le mari augmentait ses perspectives sur les plans éducatif et professionnel, la femme, de son côté, a vu diminuer de plus en plus ses possibilités sur le marché du travail»; voir «Economic Adjustment on Marriage Breakdown: Support» dans Family Law and Social Policy Workshop Series (Faculté de droit de l'Université de Toronto, 14 janvier 1982), à la p. 19 [publié (1981), 4 *F.L.R.* 1]; cité avec approbation par le juge L'Heureux-Dubé dans *Droit de la famille—193*, précité, à la p. 256. Nous devons aussi nous rappeler que M^{me} Richardson arrive maintenant au milieu de la quarantaine et qu'elle doit trouver le temps et l'énergie nécessaires pour prendre soin d'un enfant, des facteurs qui ne sont nullement négligeables dans l'évaluation de sa situation de concurrence avec les jeunes de formation récente. Sa situation actuelle découle donc directement du mariage. Tous ces faits pris ensemble suffisent certainement à justifier la décision du juge de première instance, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, qu'il était juste et approprié d'ordonner de verser à titre d'aliments à M^{me} Richardson 500 \$ par mois, compte tenu de la situation actuelle de son ancien mari. Cette ordonnance peut être modifiée au besoin dans un sens ou dans l'autre en vertu du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*.

Mais qu'en est-il de la convention? Certes, comme je l'ai dit précédemment, on doit accorder à ces conventions le poids qu'elles méritent; une situation qui n'est ni juste ni appropriée ne le deviendra pas parce qu'une convention a été conclue. Cela équivaudrait à répudier l'arrêt *Hyman v. Hyman*, précité, qui, tous le reconnaissent, s'applique toujours. Le juge de première instance, après avoir soupesé les facteurs pertinents, a décidé ici qu'il ne serait ni juste ni approprié d'autoriser que les rapports entre les parties continuent d'être régis par une stipulation de la convention de séparation en vertu de laquelle une épouse déchue et endettée n'a droit qu'à une pension alimentaire de 175 \$ par mois, pour une période d'un an uniquement qui était déjà expirée lorsque le jugement de divorce a été prononcé. Aucune raison suffisante n'a été donnée pour modifier la décision du juge de première instance et, à mon avis, la Cour d'appel n'aurait pas dû le faire.

I should perhaps repeat here that a separation agreement made pursuant to a provincial family relations Act while the marriage subsists is substantially different from one approved by a divorce court. A divorce is meant to be final. By contrast, s. 18(4) of the *Family Law Reform Act*, under which the agreement in this case was made, expressly provided for variation, both where the provision for support “results in circumstances that are unconscionable”, and where the person supported “qualifies for an allowance for support out of public money”. Had an application been made for a variation under the *Family Law Reform Act*, or its successor, the *Family Law Act, 1986*, before the divorce, I see no reason why it could not have been varied. Under all these circumstances, I cannot see how the trial judge can be faulted, in the exercise of his discretion to do what is fit and just under s. 11(1) of the *Divorce Act*, for ordering the payment of compensation to Mrs. Richardson in the amount already mentioned.

Another matter requires mention. Counsel for the appellant asserts that it was the common expectation of the parties that Mrs. Richardson would be able to find work within the one-year period for which support was provided. He relies on such cases as *Van Doorn v. Van Doorn, supra*; *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316 (Ont. H.C.) and *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405 (Ont. H.C.) While the evidence is sparse on the matter, there is, as the Court of Appeal notes, some suggestion in the evidence of the husband that this was so. That would, in any event, seem to be a reasonable inference. The trial judge observed that judging from the low support allowance her husband conceded her at the conclusion of the Ottawa proceedings, she would not have been able to maintain herself and her son in Ottawa for any period of time. Indeed counsel for Mr. Richardson does not contest the nature of the expectations of the parties at the time. Not only does he agree with Mrs. Richardson’s counsel’s assertion in his statement of fact that “It was the evidence of both parties that their expectation was

Je devrais peut-être redire ici qu’une convention de séparation conclue, conformément à une loi provinciale sur les relations familiales, pendant que le mariage subsiste, diffère sensiblement de celles qu’approuve un tribunal de divorce. Le divorce se veut définitif. Par contre, le par. 18(4) de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, sous le régime duquel la convention a été conclue en l’espèce, prévoit expressément qu’elle peut être modifiée à la fois quand la stipulation alimentaire «conduirai[t] à un résultat oppressif» et quand le créancier alimentaire «peut se prévaloir d’une prestation alimentaire prélevée sur les deniers publics». Si une demande de modification fondée sur la *Loi portant réforme du droit de la famille*, ou sur la *Loi de 1986 sur le droit de la famille* qui lui a succédé, avait été faite avant le divorce, je ne vois pas pourquoi elle n’aurait pas pu être modifiée. Compte tenu de toutes ces circonstances, je ne puis voir comment on pourrait reprocher au juge de première instance, qui a exercé son pouvoir discrétionnaire de faire ce qui est juste et approprié en vertu du par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*, d’avoir ordonné d’indemniser M^{me} Richardson pour le montant d’argent déjà mentionné.

Un autre élément mérite d’être mentionné. L’avocat de l’appelante soutient que les parties s’attendaient toutes les deux à ce que M^{me} Richardson puisse trouver du travail au cours du délai d’un an pendant lequel le paiement de la pension serait fait. Il s’appuie sur certains jugements, tels *Van Doorn v. Van Doorn*, précité, *Doepel v. Doepel* (1983), 36 R.F.L. (2d) 316 (H.C. Ont.), et *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405 (H.C. Ont.) Il est vrai que les éléments de preuve à ce sujet sont rares mais, comme le souligne la Cour d’appel, le témoignage du mari laisse entendre qu’il en était effectivement ainsi. De toute manière, une telle déduction semblerait raisonnable. Le juge de première instance a fait observer qu’à en juger par le peu de générosité du mari dans la pension concédée au terme de l’instance d’Ottawa, la femme n’aurait pu subvenir à ses besoins ni à ceux de son fils à Ottawa pendant quelque période que ce soit. En fait, l’avocat de M. Richardson ne conteste pas la nature des attentes des parties à l’époque. Non seulement est-il d’accord avec l’affirmation de l’avocat de

that the wife would seek and obtain employment within the one-year period”, he states in his own factum that “It was his [Mr. Richardson’s] understanding that the spousal support was restricted to a one-year period because the wife was to seek and obtain employment.” At all events, are we to assume that Mrs. Richardson would have entered into an improvident transaction that would have placed her in a position where she would, within a matter of months, necessarily become dependent on public assistance? Under these circumstances, I do not think it can be said that the trial judge incorrectly exercised his discretion to do what he thought was fit and just by ordering maintenance. Apart altogether from the harshness of the result for Mrs. Richardson, I do not think this is a situation where the public interest can be ignored; see *Fabian v. Fabian, supra, per* Lacourcière J.A., at p. 316. This is not a case where there has been an attempt to use Chouinard J.’s expression in *Messier v. Delage, supra*, at pp. 416-17, for one spouse “to luxuriate in idleness at the expense of the other” indefinitely. As I noted, Mrs. Richardson’s lack of employment flows directly from the role she played in the marriage. I agree with the trial judge that in the event that she obtains gainful employment the order can be varied.

A final point requires determination. The trial judge added an escalator clause to provide for changes caused by inflation and the financial circumstances of Mr. Richardson based on his changing yearly income as revealed in his income tax T4 slip. Since the Court of Appeal held that Mrs. Richardson was not entitled to maintenance, this clause became academic as to that part of the trial judge’s order. It also found, however, that it was “inappropriate” as regards the child’s allowance.

The first issue to be determined is whether under s. 11(1) a court has the power to include an

M^{me} Richardson dans son exposé des faits, savoir: [TRADUCTION] D’après les témoignages des deux parties, ils s’attendaient à ce que l’épouse cherche et trouve un emploi au cours de cette période d’un an; mais encore, il déclare dans son propre mémoire: [TRADUCTION] «Il [M. Richardson] avait compris que la pension versée à la conjointe était limitée à une période d’un an parce que l’épouse devait chercher et trouver un emploi.» Quoi qu’il en soit, devons-nous présumer que M^{me} Richardson aurait conclu une convention qui ne tenait aucun compte de l’avenir et qui l’aurait placée dans une situation où, en quelques mois, elle serait forcée de s’en remettre à l’assistance publique? Dans les circonstances, je ne pense pas qu’on puisse dire que le juge de première instance a exercé incorrectement son pouvoir discrétionnaire de faire ce qu’il estimait juste et approprié en ordonnant le paiement d’aliments. Mise à part la sévérité du résultat pour M^{me} Richardson, je ne pense pas que ce soit là un cas où l’on puisse ignorer l’intérêt public; voir l’arrêt *Fabian v. Fabian*, précité, le juge Lacourcière, à la p. 316. Il ne s’agit pas d’un cas où il y a eu tentative, pour reprendre les termes du juge Chouinard dans l’arrêt *Messier c. Delage*, précité, aux pp. 416 et 417, de l’un des conjoints de «se complaire dans l’indolence aux dépens de l’autre» indéfiniment. Comme je l’ai souligné, le fait que M^{me} Richardson soit sans emploi découle directement du rôle qu’elle a assumé au cours du mariage. Je partage l’opinion du juge de première instance que, si elle trouve quelque emploi rémunérateur, l’ordonnance pourra être modifiée.

Il reste un dernier point à décider. Le juge de première instance a ajouté une clause d’indexation, en vue de répondre aux changements qui pourraient survenir par suite de l’inflation et de la situation financière de M. Richardson, basée sur les fluctuations de son revenu annuel qui ressortent de son reçu T4 de l’impôt sur le revenu. La Cour d’appel ayant jugé que M^{me} Richardson n’avait pas droit à des aliments, cette clause a perdu tout intérêt pratique en ce qui concerne cette partie de l’ordonnance du juge de première instance. Elle a aussi été jugée «inappropriée» dans le cas de la pension de l’enfant.

Il faut d’abord établir si, en vertu du par. 11(1), le tribunal a le pouvoir d’inclure une clause d’in-

escalator clause in a maintenance order. The only case I have found that expresses the view that no such power exists is *Yeates v. Yeates* (1982), 31 R.F.L. (2d) 71 (N.S.S.C.T.D.), at p. 77. In Nathanson J.'s view in that case, this was inconsistent with the fact that such an order must be based on need. In *Ursini v. Ursini* (1975), 24 R.F.L. 261, at p. 263, it is true, Brooke J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, stated that generally an order for maintenance must be varied by a further court order, but he left the door open, simply holding that in the circumstances of the case an escalator clause was not appropriate. It may also be argued, I suppose, that an increasing amount is not a "periodic payment" within the meaning of s. 11 of the *Divorce Act* and that the proper method of varying a maintenance order is provided by s. 11(2).

A number of courts, however, have held that an escalator clause is permissible. In *Lardner v. Lardner* (1980), 20 R.F.L. (2d) 234 (B.C.C.A.), at pp. 235-36, Hinkson J.A. stated that such a clause is appropriate in proper circumstances; this was also the view taken in the following decisions, *Moosa v. Moosa*, Ont. Prov. Ct. (Family Division) Judge Abella, June 17, 1981, unreported; *Laflamme v. Levallée*, [1981] C.A. 396; *Jarvis v. Jarvis* (1984), 45 R.F.L. (2d) 223 (Ont. C.A.) In some cases, such clauses have been expressed in terms of the Consumer Price Index, while in others, they have been keyed to the supporting spouse's actual wage or salary.

I agree with these courts. Inflation is a perennial problem in making compensation awards. I do not think that an attempt to give a constant value to an award goes beyond the meaning of periodic payment or amounts to a variation. The idea has generally been welcomed by commentators; see the following articles in *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé (eds.): Julien D. Payne, "Approaches to Economic Consequences of Marriage Breakdown", p. 27, at p. 30; Gail C. A. Cook,

dexation dans une ordonnance alimentaire. La seule affaire que j'aie trouvée où l'on dit que ce pouvoir n'existe pas est l'affaire *Yeates v. Yeates* (1982), 31 R.F.L. (2d) 71 (C.S.N.-É.D.P.I.), à la p. 77. D'après l'opinion du juge Nathanson dans cette affaire, cela était incompatible avec le fait qu'une telle ordonnance doit être fondée sur l'existence d'un besoin. Dans l'arrêt *Ursini v. Ursini* (1975), 24 R.F.L. 261, à la p. 263, il est vrai que le juge Brooke, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a dit qu'en général une ordonnance alimentaire ne peut être modifiée que par une autre ordonnance judiciaire, mais il laisse la porte ouverte en jugeant simplement que, dans les circonstances de l'affaire, une clause d'indexation était inappropriée. On peut aussi soutenir, je suppose, qu'un montant croissant d'argent n'est pas un «paiement échelonné» au sens de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* et que la façon appropriée de modifier une ordonnance alimentaire est prévue au par. 11(2).

Cependant, un certain nombre de tribunaux ont jugé qu'une clause d'indexation est acceptable. Dans l'arrêt *Lardner v. Lardner* (1980), 20 R.F.L. (2d) 234 (C.A.C.-B.), aux pp. 235 et 236, le juge Hinkson a déclaré qu'une telle clause est appropriée quand les circonstances la justifient; c'est aussi l'opinion adoptée dans les décisions suivantes: *Moosa v. Moosa*, C. prov. Ont. (Division de la famille), le juge Abella, le 17 juin 1981, non publiée; *Laflamme c. Levallée*, [1981] C.A. 396; *Jarvis v. Jarvis* (1984), 45 R.F.L. (2d) 223 (C.A. Ont.) Parfois, ces clauses sont fonction de l'indice des prix à la consommation, alors que, dans d'autres cas, elles sont liées à la rémunération ou au salaire réel du conjoint débiteur alimentaire.

Je partage l'opinion de ces tribunaux. L'inflation constitue toujours un problème quand il s'agit d'accorder une indemnité. Je ne pense pas qu'une tentative de conférer une valeur constante à une indemnité outrepassé le sens des paiements échelonnés ou équivalle à une modification. Les glossateurs ont en général bien accueilli l'idée: voir les articles suivants dans *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), Rosalie S. Abella et Claire L'Heureux-Dubé (éd.): Julien D. Payne, «Approaches to Economic Consequences of Marriage

“Economic Issues in Marriage Breakdown”, p. 19, at p. 20; and Thomas R. Berger, “Forms of Support Orders Under the Divorce Act”, p. 69, at p. 75.

Escalator clauses can, no doubt, give rise to difficulties. For example, in a case like the present, Mr. Richardson may get an increase in salary from a promotion owing to his performance rather than from a regular advance to meet the cost of living. I do not believe Mrs. Richardson should be entitled to the benefits of her former husband’s promotions of this kind. These have nothing to do with the marriage. However, any necessary adjustments can be made by way of a variation. As Gail Cook has observed, *supra*, any distortions that may arise from escalator clauses are far less than the current practice of no indexation. Escalator clauses also have the desirable side effect of cutting down the number of variation orders that must be made to adjust maintenance orders on account of inflation.

While there may be circumstances where a court of appeal may set aside an escalator clause as being inappropriate, generally I tend to view this as an aspect of the trial judge’s discretionary power. Here no compelling reasons have been presented for interfering with the trial judge’s order in this regard, and I do not, therefore, think it should be disturbed.

For these reasons, I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and restore the trial judge’s order.

Appeal dismissed, LA FOREST J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Bastedo, Cooper & Shostack, Toronto.

Solicitors for the respondent: Lalonde & Eisen, Toronto.

Breakdown», p. 27, à la p. 30; Gail C. A. Cook, «Economic Issues in Marriage Breakdown», p. 19, à la p. 20; et Thomas R. Berger, «Forms of Support Orders Under the Divorce Act», p. 69, à la p. 75.

Les clauses d’indexation peuvent sans aucun doute soulever des difficultés. Par exemple, dans un cas comme l’espèce, il se peut que M. Richardson obtienne une augmentation de salaire à la suite d’une promotion accordée en fonction de son rendement, plutôt que l’augmentation habituelle compensant la hausse du coût de la vie. Je ne crois pas que M^{me} Richardson soit en droit de profiter d’une semblable promotion de son ancien mari. Cela n’a rien à voir avec le mariage. Cependant, tout ajustement nécessaire peut être fait par voie de modification. Comme Gail Cook, précitée, le fait remarquer, les distorsions qui peuvent résulter des clauses d’indexation sont, de loin, moindres que celles dues à la pratique actuelle de l’absence d’indexation. Les clauses d’indexation ont aussi pour effet secondaire souhaitable de réduire le nombre d’ordonnances de modification qui doivent être faites pour ajuster les ordonnances alimentaires en fonction de l’inflation.

S’il peut y avoir des circonstances dans lesquelles une cour d’appel peut annuler une clause d’indexation pour le motif qu’elle est inappropriée, de manière générale j’ai tendance à percevoir cela comme un aspect du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. En l’espèce, on ne nous a soumis aucun motif convaincant de modifier l’ordonnance du juge de première instance à cet égard, aussi je ne pense pas qu’elle doive être modifiée.

Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’infirmier l’arrêt de la Cour d’appel et de rétablir l’ordonnance du juge de première instance.

Pourvoi rejeté, le juge LA FOREST est dissident.

Procureurs de l’appelante: Bastedo, Cooper & Shostack, Toronto.

Procureurs de l’intimé: Lalonde & Eisen, Toronto.

Betty Anne Caron Appellant

v.

Antoine Caron Respondent

INDEXED AS: CARON v. CARON

File No.: 19414.

1986: March 25; 1987: June 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE YUKON TERRITORY

Divorce — Maintenance — Variation — Separation agreement — Agreement providing for the cessation of maintenance payments to ex-wife upon cohabitation — Clause incorporated in decree nisi — Clause enforced by ex-husband — Ex-wife's application to vary decree nisi denied — Power of the court to vary maintenance provision under the agreement and under s. 11(2) of the Divorce Act.

Court — Jurisdiction — Divorce — Separation agreement providing for the cessation of maintenance payments to an ex-wife upon her remarriage or cohabitation — Power of the court to interfere with the agreement — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(2).

Married in 1964, the parties separated in 1978. Two years later, with advice of independent legal counsel, they concluded a separation agreement which settled property matters and provided, in paragraph 3, for the payment of spousal support to the wife "until such time as she shall remarry or cohabit as man and wife with any person for a continuous period of time in excess of ninety (90) days". In paragraph 7, the agreement provided also that "Notwithstanding the terms of the preceding paragraphs . . . the quantum of monthly payments by the Husband to the Wife . . . may be varied" by a court if the circumstances of the parties change after the agreement is entered into. The essential parts of the agreement, amongst others paragraph 3, were incorporated in the decree *nisi*. After the divorce, appellant cohabited with a man for a period exceeding three months and respondent, although he was still able to support her, ceased the maintenance payments. Appellant was then forced to take social assistance. Her application to the Supreme Court of the Yukon Territo-

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Betty Anne Caron Appelante

c.

Antoine Caron Intimé

a

RÉPERTORIÉ: CARON c. CARON

N° du greffe: 19414.

1986: 25 mars; 1987: 4 juin.

b

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU TERRITOIRE DU YUKON

c

Divorce — Aliments — Modification — Convention de séparation — Convention prévoyant la cessation du paiement de la pension alimentaire à l'ex-épouse en cas de cohabitation — Incorporation de la clause dans un jugement conditionnel de divorce — Mise à exécution de la clause par l'ex-mari — Rejet de la demande faite par l'ex-épouse en vue de faire modifier le jugement conditionnel de divorce — Pouvoir de la cour de modifier la pension alimentaire en vertu de la convention et de l'art. 11(2) de la Loi sur le divorce.

e

Tribunal — Compétence — Divorce — Convention de séparation prévoyant la cessation du paiement de la pension alimentaire à l'ex-épouse en cas de remariage ou de cohabitation de sa part — Pouvoir de la cour de modifier la convention — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2).

f

Les parties se sont mariées en 1964 et se sont séparées en 1978. Deux ans plus tard, après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants, elles ont conclu une convention de séparation qui réglait les questions relatives aux biens et prévoyait, au paragraphe 3, le paiement d'une pension alimentaire à l'épouse [TRADUCTION] «jusqu'à ce qu'elle se remarie ou cohabite en tant que conjoint avec quelqu'un pendant une période continue de plus de quatre-vingt-dix (90) jours». Au paragraphe 7, la convention prévoyait également que [TRADUCTION] «Par dérogation aux termes des paragraphes précédents [. . .] le montant mensuel que le mari doit verser à l'épouse [. . .] pourra être modifié» par un tribunal si, après la conclusion de la convention, il survient un changement des circonstances dans lesquelles se trouvent les parties. Les éléments essentiels de la convention, dont le paragraphe 3, ont été incorporés dans le jugement conditionnel de divorce. Après le divorce, l'appelante a cohabité avec un homme pendant une période de plus de trois mois et l'intimé, même s'il

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

ry for a variation of the decree *nisi* to resume her maintenance payments was denied and the judgment affirmed by the Court of Appeal. This appeal is to determine whether the court has the power under the separation agreement or s. 11(2) of the *Divorce Act* to interfere with the agreement.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.: Paragraph 3 of the separation agreement is a valid and enforceable provision and was properly invoked by respondent. Despite the *non obstante* language in paragraph 7, this paragraph does not empower the court to reinstate maintenance for the former wife where it has been validly discontinued under paragraph 3. The power to vary under paragraph 7 is limited to a power to vary quantum and does not extend to a power of reinstatement where the right to maintenance has been forfeited for a cause unrelated to the means or needs of the parties. The cessation of maintenance payments upon cohabitation was expressly contemplated by the agreement and it is therefore doubtful that it was intended by the parties to be a change justifying an order from the court for spousal maintenance.

The court should not reinstate maintenance for the wife under its power to vary maintenance under s. 11(2) of the *Divorce Act*. The court's power to vary maintenance in a divorce decree is very limited where the provisions in the decree are the result of a negotiated settlement (which is not unconscionable in the substantive law sense) freely entered into by the parties on the advice of independent legal counsel. The approach of the courts is to respect such settlements wherever possible and to exercise their power of intervention under the *Divorce Act* only in the case of a radical change in circumstances related to a pattern of economic dependency of one party on the other generated by the marriage relationship. In the case at bar, there was no such change in circumstances.

Per La Forest J.: The settlement agreement does not empower the court to vary that agreement and appellant has failed to discharge the onus that lies upon her to support a variation, under s. 11(2) of the *Divorce Act*, of the maintenance order incorporating that agreement.

était toujours en mesure de la soutenir financièrement, a cessé de verser la pension alimentaire. L'appelante s'est vue alors obligée de recourir à l'aide sociale. La demande de modification du jugement conditionnel de divorce qu'elle a adressée à la Cour suprême du territoire du Yukon, afin d'obtenir la reprise du paiement de sa pension alimentaire, a été rejetée et ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel. Le présent pourvoi a pour objet de déterminer si la cour a le pouvoir, en vertu de la convention de séparation ou du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, de modifier la convention.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain: Le paragraphe 3 de la convention de séparation est une disposition valide et exécutoire et a été invoqué à bon droit par l'intimé. Malgré la clause dérogatoire du paragraphe 7, ce paragraphe ne donne pas au tribunal le pouvoir de rétablir les paiements de la pension alimentaire de l'ex-épouse lorsqu'on a valide- ment cessé de les faire en application du paragraphe 3. Le pouvoir de modifier que confère le paragraphe 7 se limite au pouvoir de modifier le montant et ne comprend pas le pouvoir de rétablir les aliments lorsqu'on a perdu le droit à une pension alimentaire pour un motif qui n'a rien à voir avec les moyens ou les besoins des parties. La cessation du paiement de la pension alimentaire en cas de cohabitation était expressément envisagée par la convention et il est donc douteux que les parties aient voulu qu'elle constitue un changement qui autoriserait un tribunal à rendre une ordonnance alimentaire.

Le tribunal ne devrait pas rétablir la pension alimentaire de l'épouse en vertu du pouvoir de modifier la pension alimentaire, que lui confère le par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*. Le pouvoir du tribunal de modifier la pension alimentaire fixée dans un jugement de divorce est très limité lorsque les dispositions du jugement résultent d'un règlement négocié (qui n'est pas lésionnaire au sens du droit positif) et conclu librement par les parties après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants. L'attitude des tribunaux est de respecter ces conventions dans la mesure du possible et de n'exercer le pouvoir d'intervention que leur confère la *Loi sur le divorce* que dans le cas d'un changement radical de circonstances lié à un régime de dépendance économique d'une partie envers l'autre, engendré par le mariage. En l'espèce, il n'y a pas eu de tel changement de circonstances.

Le juge La Forest: La convention ne donne pas au tribunal le pouvoir de la modifier et l'appelante ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombe pour justifier une modification, aux termes du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, de l'ordonnance alimentaire dans laquelle est incorporée cette convention.

Cases Cited

By Wilson J.

Followed: *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; **referred to:** *Lowe v. Peers* (1768), 4 Burr. 2225, 98 E.R. 160; *Archer v. Society of the Sacred Heart of Jesus* (1905), 9 O.L.R. 474; *Bradley v. Bradley* (1909), 19 O.L.R. 525; *Lowe v. Lowe* (1975), 20 R.F.L. 216; *Perkins v. Perkins*, [1938] P. 210; *Barnard v. Barnard* (1982), 30 R.F.L. (2d) 337; *Neal v. Neal* (1972), 8 R.F.L. 194; *MacDonald v. Lee* (1970), 2 R.F.L. 360.

Statutes and Regulations Cited

Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(2).
Matrimonial Property and Family Support Ordinance, S.Y.T. 1979 (2nd), c. 11, ss. 30.6(1) [en. 1980 (2nd), c. 15, s. 7(1)], 38.

Authors Cited

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 6th ed. London: Stevens & Sons, 1983.

APPEAL from a judgment of the Yukon Territory Court of Appeal (1985), 45 R.F.L. (2d) 378, affirming a judgment of Maddison J. dismissing appellant's application to vary maintenance provisions of decree *nisi* of divorce. Appeal dismissed.

Ronald S. Veale, for the appellant.

Paul S. O'Brien, for the respondent.

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

WILSON J.—At issue in this case is the power of the court to interfere with a separation agreement which provides for the cessation of maintenance payments to an ex-wife upon her remarriage or cohabitation with another man for a prescribed period of time.

1. The Facts

The parties were married in July of 1964 and separated some time in 1978. There were two children of the marriage, both of whom continued to reside with the appellant after the separation. On June 17, 1980 the parties concluded a separation agreement. It is agreed that both had independent legal advice at the time of the signing

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêt suivi: *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; **arrêts mentionnés:** *Lowe v. Peers* (1768), 4 Burr. 2225, 98 E.R. 160; *Archer v. Society of the Sacred Heart of Jesus* (1905), 9 O.L.R. 474; *Bradley v. Bradley* (1909), 19 O.L.R. 525; *Lowe v. Lowe* (1975), 20 R.F.L. 216; *Perkins v. Perkins*, [1938] P. 210; *Barnard v. Barnard* (1982), 30 R.F.L. (2d) 337; *Neal v. Neal* (1972), 8 R.F.L. 194; *MacDonald v. Lee* (1970), 2 R.F.L. 360.

Lois et règlements cités

Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2).
Matrimonial Property and Family Support Ordinance, S.Y.T. 1979 (2nd), chap. 11, art. 30.6(1) [aj. 1980 (2nd), chap. 15, art. 7(1)], 38.

Doctrine citée

Treitel, G.H. *The Law of Contract*, 6th ed. London: Stevens & Sons, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du territoire du Yukon (1985), 45 R.F.L. (2d) 378, qui a confirmé le jugement du juge Maddison qui avait rejeté la demande faite par l'appelante en vue de faire modifier les stipulations alimentaires d'un jugement conditionnel de divorce. Pourvoi rejeté.

Ronald S. Veale, pour l'appelante.

Paul S. O'Brien, pour l'intimé.

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

LE JUGE WILSON—Le présent pourvoi porte sur le pouvoir de la cour de modifier une convention de séparation qui prévoit la cessation des paiements d'aliments à une ex-épouse lorsqu'elle se remarie ou cohabite avec un autre homme pendant une période prescrite.

1. Les faits

Les parties se sont mariées en juillet 1964 et se sont séparées à un moment donné en 1978. Les deux enfants qui sont issus du mariage ont continué à demeurer avec l'appelante après la séparation. Le 17 juin 1980, les parties ont conclu une convention de séparation. On reconnaît que les deux parties avaient bénéficié des services de con-

of the separation agreement and fully understood its terms. The essential parts of the agreement were incorporated in the decree *nisi* of divorce which was granted by Maddison J. of the Supreme Court of the Yukon Territory on the same day the agreement was concluded. The decree *absolute* was granted on October 15, 1980.

The decree *nisi* provided that the appellant was to have custody of the children and that the respondent was to have liberal access to them. The respondent was to convey clear title to the matrimonial home to the appellant. He was also to pay the appellant \$600 per month as maintenance "until such time as she shall remarry or cohabit as man and wife with any person for a continuous period in excess of ninety (90) days". This provision of the order came from paragraph 3 of the separation agreement. The respondent was also to pay the appellant \$300 per month for each child's maintenance. In due course one of the children left home and became self-supporting. One child remains with the appellant. Finally, the decree *nisi* obliged the respondent to pay the appellant a lump sum of \$30,000. According to the terms of the agreement \$5,000 of this sum was to be held in trust to pay for the appellant's moving expenses should she decide to leave the Yukon. She did not leave and, as agreed, the \$5,000 was eventually returned to the respondent. The remaining \$25,000 was paid to the appellant as required.

Some time after the final decree of divorce the appellant began living with a man and lived with him for a period in excess of 90 days. By March of 1982 the respondent knew of this cohabitation but it was not until May of 1983 that he applied to the court for an order releasing him from further maintenance obligations in respect of the appellant. No court ruling was in fact made. However, the respondent ceased payments to the appellant for her maintenance and, as the Court of Appeal found, "unfortunately the person with whom she cohabited did not support her after the mainte-

seillers juridiques indépendants au moment de la signature de la convention de séparation et qu'elles en comprenaient entièrement les modalités. Les parties essentielles de la convention ont été incorporées dans le jugement conditionnel de divorce prononcé par le juge Maddison de la Cour suprême du territoire du Yukon, le jour de la conclusion de la convention. Le jugement irrévocable a été rendu le 15 octobre 1980.

Le jugement conditionnel prévoyait que l'appelante aurait la garde des enfants et que l'intimé aurait largement accès auprès d'eux. L'intimé devait céder à l'appelante la résidence familiale avec un titre franc d'hypothèques. Il devait également payer à l'appelante 600 \$ par mois à titre de pension alimentaire [TRADUCTION] «jusqu'à ce qu'elle se remarie ou cohabite en tant que conjoint avec quelqu'un pendant une période continue de plus de quatre-vingt-dix (90) jours». Cette disposition de l'ordonnance est tirée du paragraphe 3 de la convention de séparation. L'intimé devait également verser à l'appelante 300 \$ par mois pour l'entretien de chaque enfant. À un moment donné, un des enfants a quitté la maison et est devenu autosuffisant. Un enfant demeure toujours avec l'appelante. Finalement, le jugement conditionnel obligeait l'intimé à verser à l'appelante un montant forfaitaire de 30 000 \$. Selon les termes de la convention, 5 000 \$ de cette somme devaient être gardés en fiducie pour acquitter les frais de déménagement de l'appelante si elle décidait de quitter le Yukon. Elle ne l'a pas fait et, comme convenu, les 5 000 \$ ont éventuellement été remis à l'intimé. Le solde de 25 000 \$ a été versé à l'appelante comme convenu.

Quelque temps après le jugement irrévocable de divorce, l'appelante a commencé à vivre avec un homme et cela s'est poursuivi pendant plus de 90 jours. En mars 1982, l'intimé a eu connaissance de cette cohabitation, mais ce n'est qu'en mai 1983 qu'il a demandé à la cour de rendre une ordonnance le libérant de toute obligation alimentaire subséquente envers l'appelante. En fait, aucune décision judiciaire n'a été rendue. Toutefois, l'intimé a cessé de verser la pension alimentaire de l'appelante et, comme la Cour d'appel l'a conclu, [TRADUCTION] «malheureusement la personne

nance was discontinued". Payments for maintenance of the children have always been made by the respondent as required.

The appellant and respondent are now aged 41 and 45 respectively and the 11 year old daughter continues to reside with her mother. The respondent is financially able to support the appellant if ordered by the court to do so.

It is agreed by the parties in the agreed statement of facts that without the support of the respondent the appellant came to rely on social assistance. The Court of Appeal (1985), 45 R.F.L. (2d) 378 made reference to the paucity of evidence before them (at p. 379):

We are told that the cohabitation discontinued, but we know nothing of the present circumstances of the appellant other than she is in need, even after having sold the marital home and retained the proceeds of sale.

In oral argument before this Court counsel for the appellant stated that the appellant had received social assistance from January to May of 1984, that from June of 1984 until January of 1986 she was employed as a janitor, and that since January of 1986 she has been receiving unemployment insurance benefits arising from her employment. There is no evidence of these facts in the record. However, counsel for the respondent took no issue with appellant counsel's statements.

2. The Courts Below

On February 16, 1984 the appellant applied for a variation of the decree *nisi* so as to provide for the resumption of maintenance payments to her. The application was denied without reasons by Maddison J.

On May 2, 1985 the Court of Appeal for the Yukon Territory dismissed the appellant's appeal from the order of Maddison J. Speaking for himself, Seaton and Lambert J.J.A., Carrothers J.A. noted (at pp. 379-80):

We do not have before us, nor did Maddison J. have before him, any evidence of change or special circumstances of the respective parties which might warrant or

avec qui elle cohabitait n'a pas subvenu à ses besoins après la cessation du versement de la pension alimentaire». L'intimé a toujours fait les paiements convenus pour l'entretien des enfants.

^a L'appelante et l'intimé sont maintenant âgés de 41 ans et de 45 ans respectivement et leur fille âgée de 11 ans habite toujours chez sa mère. L'intimé est financièrement en mesure de payer des aliments à l'appelante si la cour lui ordonne de le faire.

Les parties ont convenu dans l'exposé conjoint des faits que, privée du soutien de l'intimé, l'appelante s'en est remise à l'aide sociale. La Cour d'appel (1985), 45 R.F.L. (2d) 378 a souligné qu'elle disposait de bien peu d'éléments de preuve (à la p. 379):

[TRANSCRIPTION] On nous dit que la cohabitation a cessé, mais nous ne savons rien de la situation actuelle de l'appelante si ce n'est qu'elle est dans le besoin, même après avoir vendu la résidence familiale et avoir gardé le produit de la vente.

Dans sa plaidoirie devant cette Cour, l'avocat de l'appelante a déclaré qu'elle avait touché des prestations d'aide sociale de janvier à mai 1984 et que, de juin 1984 à janvier 1986, elle avait travaillé comme concierge et que, depuis janvier 1986, elle touchait des prestations d'assurance-chômage découlant de son emploi. Il n'y a aucune preuve de ces faits dans le dossier. Toutefois, l'avocat de l'intimé n'a pas contesté les déclarations de l'avocat de l'appelante.

^g 2. Les tribunaux d'instance inférieure

Le 16 février 1984, l'appelante a demandé la modification du jugement conditionnel de divorce de manière à prescrire la reprise du paiement de sa pension alimentaire. Le juge Maddison a rejeté la demande sans donner aucun motif.

Le 2 mai 1985, la Cour d'appel du territoire du Yukon a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre l'ordonnance du juge Maddison. S'exprimant en son propre nom et en celui des juges Seaton et Lambert, le juge Carrothers a fait remarquer (aux pp. 379 et 380):

[TRANSCRIPTION] On ne nous a pas présenté, pas plus qu'au juge Maddison, d'éléments de preuve d'un changement de circonstances des parties respectives ou de

justify variation of the maintenance provisions, apart from consideration of the technical breach of the provision for termination. To strike out what I would call a *dum sola* clause such as this cannot be considered in isolation from all of the circumstances of both parties. In the result, I cannot say that Maddison J. was wrong. Indeed, I consider him to be correct on the basis of the facts upon which he made his finding.

Leave to appeal to this Court was granted on July 31, 1985, [1985] 2 S.C.R. vi.

3. The Issues

As established in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801 (reasons for judgment released concurrently), the test to be applied by the courts in interfering with minutes of settlement entered into by former spouses is a very stringent one. The applicant must satisfy the court that there has been a radical change in circumstances related to a pattern of economic dependency generated by the marriage relationship. In this case, however, the parties have agreed in paragraph 7 of their minutes of settlement that the wife's maintenance may be varied by the court where the circumstances of the parties change after the agreement is entered into. Paragraph 7 reads as follows:

Notwithstanding the terms of the preceding paragraphs, in the event that the circumstances of the Husband or the Wife shall change after the making of this agreement having regard to the ability of the Husband to make payments as aforesaid and/or to the needs of the Wife to be maintained by the Husband, then the quantum of monthly payments by the Husband to the Wife for the benefit of the children and the Wife may be varied by mutual consent or by reference to a court of competent jurisdiction.

The change contemplated by paragraph 7 may be either in the ability of the husband to pay the agreed upon amount or in the needs of the wife. There is no requirement that the change be either radical or related to an economic pattern generated by the marriage. A simple change in circumstances would appear to be enough. The power of the court to vary the provision for maintenance in

circstances spéciales qui pourraient justifier la modification des stipulations alimentaires, outre la violation formelle de la disposition prévoyant la cessation. On ne peut envisager l'annulation de ce que j'appellerais une clause *dum sola* comme celle-ci sans tenir compte des circonstances dans lesquelles se trouvent les deux parties. Par conséquent, je ne puis affirmer que le juge Maddison a eu tort. En fait, j'estime qu'il a eu raison compte tenu des faits sur lesquels il s'est fondé pour rendre sa décision.

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée le 31 juillet 1985, [1985] 2 R.C.S. vi.

3. Les questions en litige

Comme il a été établi dans l'arrêt *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801 (dont les motifs sont rendus en même temps que le présent arrêt), le critère que les tribunaux doivent appliquer pour modifier la convention conclue entre les anciens conjoints est très strict. Le requérant doit convaincre le tribunal qu'il y a eu un changement radical de circonstances lié à un régime de dépendance économique engendré par le mariage. En l'espèce toutefois, les parties ont convenu au paragraphe 7 de leur convention que l'obligation alimentaire dont bénéficie l'épouse pourra être modifiée par le tribunal s'il survient un changement des circonstances dans lesquelles se trouvent les parties après la conclusion de la convention. Voici le texte du paragraphe 7:

[TRADUCTION] Par dérogation aux termes des paragraphes précédents, dans le cas où la situation du mari ou de l'épouse changerait après la conclusion de la présente convention pour ce qui est de la capacité du mari de faire les paiements susmentionnés ou de la nécessité pour l'épouse de se faire verser des aliments par le mari, ou les deux à la fois, alors le montant mensuel que le mari doit verser à l'épouse au profit des enfants et de l'épouse pourra être modifié par consentement mutuel ou par renvoi devant un tribunal compétent.

Le changement visé au paragraphe 7 peut être soit au niveau de la capacité du mari de payer le montant convenu, soit au niveau des besoins de l'épouse. Il n'est pas nécessaire que le changement soit radical ou lié à un régime économique engendré par le mariage. Un simple changement de circonstances paraîtrait suffisant. Le pouvoir du tribunal de modifier les stipulations alimentaires

the divorce decree must therefore be considered under two headings, namely (a) variation under paragraph 7 of the settlement agreement; and (b) variation under s. 11(2) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8.

(a) *Variation Under the Settlement Agreement*

Counsel for the appellant argues that the cessation of maintenance forced the appellant to take social assistance and that this must be regarded as a change in circumstances which warrants an order from the court for increased spousal support. As noted earlier, due to the brief nature of the agreed statement of facts and the statements made by appellant's counsel during oral argument, the actual financial status of the appellant is unclear. The only change in circumstances that has occurred is that paragraph 3 of the separation agreement providing for the cessation of maintenance payments upon remarriage or cohabitation by the wife has been enforced by the husband. Counsel for the appellant is, in effect, stating that the enforcement of the clause constitutes a change in circumstances warranting the non-enforcement of the clause. This does not appear to be a sensible interpretation of paragraphs 3 and 7. Since the cessation of maintenance in the circumstances of this case was expressly contemplated by the agreement, it seems doubtful that it was intended by the parties to be a change justifying an order from the court for spousal maintenance. The learned trial judge seems to have refused to treat it as such and the Court of Appeal agreed with him.

I should emphasize at this point that the appellant did not argue that on a proper construction of the agreement "cohabitation" meant more than simply living together and included the notion that the wife would be being supported by her new partner. In fact, it is agreed that she received no support from him. It might have been argued, therefore, that the conditions for the cessation of maintenance from the husband were not really met. Parties to a contract are, however, free to give their own meaning to a word and have that meaning govern. Neither has disputed the fact that the

du jugement du divorce doit par conséquent être examiné sous deux angles, savoir a) la modification fondée sur le paragraphe 7 de la convention et b) la modification fondée sur le par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8.

a) *La modification fondée sur la convention*

L'avocat de l'appelante soutient que la cessation du paiement de la pension alimentaire l'a forcée à recourir à l'aide sociale et que cela doit être considéré comme un changement de circonstances qui autorise le tribunal à ordonner une augmentation de la pension alimentaire versée par l'ancien conjoint. Comme je l'ai mentionné précédemment, en raison de la nature sommaire de l'exposé conjoint des faits et des déclarations de l'avocat de l'appelante pendant sa plaidoirie, la situation financière réelle de l'appelante n'est pas claire. Le seul changement de circonstances qui s'est produit est que le mari a mis à exécution les dispositions du paragraphe 3 de la convention de séparation qui prévoit la cessation du paiement de la pension alimentaire en cas de mariage ou de cohabitation de l'épouse. En fait, l'avocat de l'appelante déclare que la mise à exécution de la clause constitue un changement de circonstances qui justifie sa non-application. Une telle interprétation des paragraphes 3 et 7 ne paraît pas raisonnable. Puisque la cessation du paiement de la pension alimentaire dans les circonstances de l'espèce était expressément envisagée par la convention, il semble douteux que les parties aient voulu qu'elle constitue un changement qui autoriserait un tribunal à rendre une ordonnance alimentaire. Le savant juge de première instance semble avoir refusé de la traiter comme telle et la Cour d'appel lui a donné raison.

À ce stade, je tiens à souligner que l'appelante n'a pas soutenu que, si l'on interprète bien la convention, le terme «cohabitation» signifie plus que le simple fait de vivre ensemble et comprend la notion du soutien de la femme par son nouveau partenaire. En fait, on reconnaît qu'elle n'a bénéficié d'aucun soutien alimentaire de sa part. Par conséquent, on aurait pu faire valoir que les conditions pour la cessation du paiement de la pension alimentaire par le mari n'étaient pas vraiment remplies. Toutefois, les parties à un contrat sont libres de donner leur propre définition à un terme

contingency in paragraph 3 which disentitled the wife to maintenance took place. Each accepted that "cohabitation as man and wife" meant simply engaging in sexual relations while living in the same dwelling. The clause as understood and intended by the parties would appear, therefore, to have been properly invoked by the respondent.

Counsel for the appellant, however, advances a different argument, namely that a clause providing for the cessation of maintenance upon the cohabitation of the recipient with another man is contrary to public policy. It is, he submits, a *dum casta* clause or something analogous thereto. *Dum casta* clauses, he points out, are prohibited in the Yukon Territory (see the *Matrimonial Property and Family Support Ordinance*, S.Y.T. 1979 (2nd), c. 11, s. 38) although the Act permits remarriage and cohabitation to operate as contingencies in separation agreements. With respect, I think that is precisely what we have here—remarriage and cohabitation operating as a contingency. I see no merit, therefore, in this submission.

Nor, in my opinion, can the appellant derive much comfort from the ancient common law principle that contracts in restraint of marriage are contrary to public policy: *Lowe v. Peers* (1768), 4 Burr. 2225, 98 E.R. 160; *Archer v. Society of the Sacred Heart of Jesus* (1905), 9 O.L.R. 474 (C.A.); *Bradley v. Bradley* (1909), 19 O.L.R. 525 (Div. Ct.) The clause in the separation agreement is not within the principle of these cases which deal with promises not to marry or promises to pay someone money if they marry a particular person. A contract is not invalid merely because, as in the case of the clause before us, it may constitute a disincentive to one of the parties to marry: G. H. Treitel, *The Law of Contract* (6th ed. 1983), at p. 332.

The appellant submits also that the remarriage or cohabitation provision should not be enforced

et de faire en sorte que ce soit elle qui s'applique. Nul n'a contesté le fait que l'éventualité prévue dans le paragraphe 3, qui enlève à l'épouse le droit de recevoir une pension alimentaire, s'est produite.

^a Chaque partie a reconnu que la «cohabitation en tant que conjoints» signifiait simplement avoir des rapports sexuels alors qu'on demeure sous le même toit. Par conséquent, la clause telle qu'elle a été interprétée et conçue par les parties paraîtrait
^b avoir été invoquée à bon droit par l'intimé.

Toutefois, l'avocat de l'appelante avance un argument différent, savoir qu'une clause prévoyant la cessation du paiement de la pension alimentaire si la bénéficiaire cohabite avec un autre homme est contraire à l'ordre public. Il soutient qu'il s'agit d'une clause *dum casta* ou de quelque chose de semblable. Il souligne que les clauses *dum casta* sont interdites dans le territoire du Yukon (voir la *Matrimonial Property and Family Support Ordinance*, S.Y.T. 1979 (2nd), chap. 11, art. 38) bien que la Loi permette que le mariage et la cohabitation constituent des éventualités dans les conventions de séparation. Avec égards, je crois que c'est précisément la situation en l'espèce, savoir que le mariage et la cohabitation constituent une éventualité. Par conséquent, je suis d'avis que cet argument n'est pas fondé.

^f À mon avis, l'appelante ne peut pas non plus tirer beaucoup d'appui de l'ancien principe de *common law* selon lequel les contrats qui comportent des restrictions au mariage sont contraires à l'ordre public: *Lowe v. Peers* (1768), 4 Burr. 2225, 98 E.R. 160; *Archer v. Society of the Sacred Heart of Jesus* (1905), 9 O.L.R. 474 (C.A.); *Bradley v. Bradley* (1909), 19 O.L.R. 525 (C. div.) La clause contenue dans la convention de séparation ne s'inscrit pas dans le cadre du principe de ces affaires qui traitent des promesses de ne pas se marier ou de verser de l'argent à une personne si elle marie une personne en particulier.
^g Un contrat n'est pas nul simplement parce que, à l'instar de la clause dont nous sommes saisis, il peut avoir pour effet de dissuader l'une des parties à se marier: G. H. Treitel, *The Law of Contract* (6th ed. 1983), à la p. 332.

^j L'appelante soutient également que la disposition relative au mariage ou à la cohabitation ne

against her because neither remarriage nor cohabitation may affect her need for support. The new partner may not have the means to support her. Further, in the Yukon, in the case of cohabitation, the new partner may have no legal obligation to support her if they are not in a relationship of some permanence. See the *Matrimonial Property and Family Support Ordinance*, S.Y.T. 1979 (2nd), c. 11, s. 30.6(1) (en. S.Y.T. 1980 (2nd), c. 15, s. 7(1)), which provides that a support order can be made in respect of a man or a woman "who, not being married to each other and not having gone through a form of marriage with each other, have cohabited in a relationship of some permanence".

I do not believe that the cohabitation clause can be struck down on any of the grounds advanced. However, there is ample support in the case-law for the proposition that remarriage or cohabitation are relevant factors to be considered on a motion to vary or terminate maintenance. Some courts have expressed the view that remarriage or cohabitation does not necessarily mean that a decrease in maintenance should be ordered: it is necessary to look at the actual arrangements of the parties to see whether the needs of the recipient of the maintenance have in fact decreased—*Lowe v. Lowe* (1975), 20 R.F.L. 216 (B.C.S.C.) Other courts have taken the view that such an arrangement inevitably decreases the wife's needs and therefore may justify a decrease in her maintenance:

The result to the wife of the re-marriage is that she is saved the expense of maintaining a separate establishment of her own, and therefore to some extent, she saves on rent and food and household expenses.

(*Perkins v. Perkins*, [1938] P. 210, at p. 217, cited with approval in *MacDonald v. Lee* (1970), 2 R.F.L. 360 (N.S.C.A.))

Still other courts have found that the fact of remarriage or cohabitation *per se* justifies the court in terminating maintenance on grounds of

devrait pas être appliquée contre elle parce que ni le mariage ni la cohabitation ne peuvent avoir d'effet sur son besoin de soutien. Le nouveau partenaire peut ne pas avoir les moyens de subvenir à ses besoins. En outre, au Yukon, dans le cas de cohabitation, le nouveau partenaire peut n'avoir aucune obligation légale de subvenir à ses besoins s'il ne s'agit pas d'une relation qui présente une certaine permanence. Voir la *Matrimonial Property and Family Support Ordinance*, S.Y.T. 1979 (2nd), chap. 11, par. 30.6(1) (aj. S.Y.T. 1980 (2nd), chap. 15, par. 7(1)), qui prévoit qu'une ordonnance alimentaire peut être rendue à l'égard d'un homme ou d'une femme [TRADUCTION] «qui, sans être mariés et sans avoir vécu dans une forme de mariage, ont cohabité dans une relation qui présente une certaine permanence».

Je ne crois pas que la clause relative à la cohabitation puisse être écartée pour l'un des motifs avancés. Toutefois, la jurisprudence appuie amplement la proposition selon laquelle le mariage ou la cohabitation sont des facteurs pertinents dont il faut tenir compte dans l'examen d'une requête visant à faire modifier une pension alimentaire ou à y mettre fin. Certains tribunaux ont exprimé l'opinion que le mariage ou la cohabitation ne signifient pas nécessairement qu'il faudrait ordonner une diminution de la pension alimentaire: il est nécessaire d'examiner les arrangements réels pris par les parties pour voir si les besoins du bénéficiaire de la pension alimentaire ont effectivement diminué—*Lowe v. Lowe* (1975), 20 R.F.L. 216 (C.S.C.-B.) D'autres tribunaux ont adopté le point de vue qu'un tel arrangement diminue inévitablement les besoins de l'épouse et peut donc justifier une diminution de sa pension alimentaire:

[TRADUCTION] Le mariage de l'épouse a pour conséquence qu'elle n'a plus à pourvoir à son propre logement et dans une certaine mesure elle réalise donc des économies en matière de loyer, de nourriture et de dépenses ménagères.

(*Perkins v. Perkins*, [1938] P. 210, à la p. 217, cité et approuvé dans *MacDonald v. Lee* (1970), 2 R.F.L. 360 (C.A.N.-É.))

Néanmoins, d'autres tribunaux ont jugé que le mariage ou la cohabitation autorisent en soi le tribunal à mettre fin à la pension alimentaire pour

principe: *Barnard v. Barnard* (1982), 30 R.F.L. (2d) 337 (Ont. C.A.) (cohabitation); *Neal v. Neal* (1972), 8 R.F.L. 194 (B.C.S.C.) The court in *Barnard* puts forward the following justification at p. 341:

Just as the law will not permit her to have two husbands, it is difficult to accept the proposition that she should be entitled to the support of two men. It must be conceded, of course, that sexual "immorality" or even remarriage is no longer a bar to a spouse's support: see *Richards v. Richards*, [1972] O.R. 596, 7 R.F.L. 101, 26 D.L.R. (3d) 264 (C.A.); but where a woman—or, of course, a man—has remarried or entered into an equivalent arrangement, it defies one's sense of fitness that she or he should remain fully entitled to the support of the former spouse.

This is not an original thought. The same sentiment has been expressed by Tyrwhitt-Drake L.J.S.C. in *Neal v. Neal* (1972), 8 R.F.L. 194 at 195, 29 D.L.R. (3d) 254 (B.C.S.C.), where he stated that the court should consider the propriety of "(saddling) a man with the responsibility of maintaining his former wife after she has contracted another marriage"; by Macnab Co. Ct. J. in *Wiebe v. Wiebe* (1980), 16 R.F.L. (2d) 286 at 287 (Ont. Co. Ct.), "I think under the circumstances (cohabitation) she must be taken to forfeit any valid claim for support against (her husband). This has, I think, the force of natural law."; and by the same judge in *Nielson v. Nielson* (1980), 16 R.F.L. (2d) 203 (Ont. Co. Ct.). In two cases in Newfoundland, *Chaffey v. Chaffey* (1976), 13 Nfld. & P.E.I.R. 150, 3 R.F.L. (2d) 69, 29 A.P.R. 150 (Nfld. T.D.), and *Carter v. Carter* (1978), 19 Nfld. & P.E.I.R. 411, 3 R.F.L. (2d) 355, 50 A.P.R. 411 (Nfld. T.D.), Goodrich J. clearly disapproved of granting periodic support to a spouse who had entered into a common law relationship.

These cases give some indication of the direction in which the law is moving absent any express provision in a separation agreement dealing with the effect of remarriage or cohabitation on a spouse's right to maintenance. They are obviously somewhat less than helpful to the appellant in her submission that paragraph 3 should be held invalid as contrary to public policy.

des motifs de principe: *Barnard v. Barnard* (1982), 30 R.F.L. (2d) 337 (C.A. Ont.) (cohabitation); *Neal v. Neal* (1972), 8 R.F.L. 194 (C.S.C.-B.) La cour dans l'arrêt *Barnard* a énoncé la justification a suivante à la p. 341:

[TRADUCTION] Tout comme la loi ne lui permet pas d'avoir deux maris, il est difficile d'accepter la proposition selon laquelle elle aurait droit de se faire verser une pension alimentaire par deux hommes. Évidemment, il faut admettre que l'«immoralité» sexuelle ou même le remariage n'est plus un empêchement au soutien d'un conjoint: voir *Richards v. Richards*, [1972] O.R. 596, 7 R.F.L. 101, 26 D.L.R. (3d) 264 (C.A.); toutefois, lorsqu'une femme ou, évidemment, un homme s'est remarié ou a conclu un arrangement équivalent, il est contraire à toute logique qu'elle ou qu'il ait encore entièrement droit au soutien de l'ex-conjoint.

d Il ne s'agit pas d'une idée originale. Le même sentiment a été exprimé par le juge local Tyrwhitt-Drake dans *Neal v. Neal* (1972), 8 R.F.L. 194, à p. 195, 29 D.L.R. (3d) 254 (C.S.C.-B.), où il a déclaré que le tribunal devrait examiner s'il convient d'«(imposer à) un homme la responsabilité de subvenir aux besoins de son ex-épouse après qu'elle a contracté un nouveau mariage»; le juge Macnab dans *Wiebe v. Wiebe* (1980), 16 R.F.L. (2d) 286, à la p. 287 (C. cté Ont.), «je crois que dans les circonstances (cohabitation), on doit considérer qu'elle a perdu toute créance alimentaire valide contre (son mari). À mon avis, cela a la force d'une loi naturelle»; et par le même juge dans *Nielson v. Nielson* (1980), 16 R.F.L. (2d) 203 (C. cté Ont.) Dans deux décisions terre-neuviennes, *Chaffey v. Chaffey* (1976), 13 Nfld. & P.E.I.R. 150, 3 R.F.L. (2d) 69, 29 A.P.R. 150 (D.P.I.T.-N.), et *Carter v. Carter* (1978), 19 Nfld. & P.E.I.R. 411, 3 R.F.L. (2d) 355, 50 A.P.R. 411 (D.P.I.T.-N.), le juge Goodrich a clairement rejeté l'attribution de paiements alimentaires échelonnés à un conjoint qui vivait en concubinage.

Ces décisions indiquent dans une certaine mesure la direction que prend le droit en l'absence de toute disposition expresse dans une convention de séparation traitant de l'effet du remariage ou de la cohabitation sur le droit du conjoint à une pension alimentaire. De toute évidence, elles sont moins qu'utiles à l'appelante en ce qui a trait à son argument selon lequel le paragraphe 3 devrait être déclaré non valide parce que contraire à l'ordre public.

The more difficult issue raised by paragraph 7 is, I believe, whether, accepting that paragraph 3 of the agreement is a valid and enforceable provision and was therefore properly included in the decree, the court can nevertheless vary the appellant's maintenance under the power conferred on it in paragraph 7. The respondent's position is that it cannot, that the parties specifically contemplated the event which occurred and agreed as to the consequences of it. That, he submits, precludes the court from negating the effect of the paragraph by exercising its discretion in favour of an order of maintenance for the appellant.

The contrary argument must, I believe, rest on the opening words of paragraph 7. I repeat the paragraph in full for convenience:

Notwithstanding the terms of the preceding paragraphs, in the event that the circumstances of the Husband or the Wife shall change after the making of this agreement having regard to the ability of the Husband to make payments as aforesaid and/or to the needs of the Wife to be maintained by the Husband, then the quantum of monthly payments by the Husband to the Wife for the benefit of the children and the Wife may be varied by mutual consent or by reference to a court of competent jurisdiction. [Emphasis added.]

There are two significant things about the provision. The first is that it contemplates variation by the court notwithstanding the preceding clauses which, of course, include paragraph 3. The second is, as already mentioned, that it contemplates variation on a simple change of circumstances bearing on the needs of the wife. Is it open to the appellant to say: "My circumstances have changed since the date of the separation agreement and the decree *nisi* and I am now in need" despite the fact that paragraph 3 has operated in the interval? Or is the court's power to vary under paragraph 7 premised on the continued entitlement of the appellant to maintenance from her husband in some amount?

À mon avis, la question plus difficile que soulève le paragraphe 7 est de savoir si, en acceptant que le paragraphe 3 de la convention est une disposition valide et exécutoire qui, par conséquent, a été incluse à juste titre dans le jugement, la cour peut néanmoins modifier la pension alimentaire de l'appelante en vertu du pouvoir que lui confère le paragraphe 7. L'intimé est d'avis qu'elle ne peut le faire, que les parties avaient envisagé spécifiquement l'événement qui s'est produit et qu'elles s'étaient mises d'accord sur ses conséquences. Il soutient que cette situation empêche la cour de nier l'effet du paragraphe en exerçant son pouvoir discrétionnaire sous la forme d'une ordonnance alimentaire en faveur de l'appelante.

L'argument contraire doit, à mon avis, se fonder sur les premiers mots du paragraphe 7. Pour des motifs de commodité, je reprends ce paragraphe au complet:

Par dérogation aux termes des paragraphes précédents, dans le cas où la situation du mari ou de l'épouse changerait après la conclusion de la présente convention pour ce qui est de la capacité du mari de faire les paiements susmentionnés ou de la nécessité pour l'épouse de se faire verser des aliments par le mari, ou des deux à la fois, alors le montant mensuel que le mari doit verser à l'épouse au profit des enfants et de l'épouse pourra être modifié par consentement mutuel ou par renvoi devant un tribunal compétent. [C'est moi qui souligne.]

Cette disposition comporte deux aspects importants. Premièrement, elle prévoit la modification par le tribunal nonobstant les clauses précédentes qui, évidemment, comprennent le paragraphe 3. Deuxièmement, comme je l'ai déjà mentionné, elle prévoit la modification par suite d'un simple changement de circonstances qui influe sur les besoins de l'épouse. L'appelante peut-elle affirmer: «Ma situation a changé depuis la date de la convention de séparation et du jugement conditionnel de divorce et je suis maintenant dans le besoin» malgré le fait que le paragraphe 3 se soit appliqué dans l'intervalle? Ou la cour a-t-elle le pouvoir d'apporter des modifications en vertu du paragraphe 7, en se fondant sur le droit continu de l'appelante au paiement d'un certain montant de pension alimentaire par son mari?

In this connection it is noted that, after reference to the conditions required for a variation by the court, the paragraph says "... then the quantum of monthly payments by the Husband to the Wife ... may be varied" (emphasis added). *Prima facie*, this suggests that the power to vary is limited to a power to vary quantum and does not extend to a power of reinstatement where the right to maintenance has been forfeited. It may be, however, that the clause could be stretched to cover the situation where payments had previously been discontinued for lack of need on the part of the wife or lack of means on the part of the husband. But query whether it can be construed to cover a case such as this, where the disentitlement has arisen from a cause unrelated to the means or needs of the parties and a cause, moreover, expressly addressed in the agreement?

I have concluded that on its wording the clause cannot be so extended and paragraph 15 would seem to support this view. In that paragraph each party accepts the provisions of the agreement in satisfaction of his or her claims under the *Divorce Act* and under the matrimonial property legislation of the province and then goes on to agree that each is free to bring proceedings against the other to enforce any of the terms of the agreement. I think the appellant must be taken to have been aware of the significance of the latter provision in the context of her agreement in paragraph 3 that cohabitation for a period in excess of 90 days would disentitle her to maintenance. She must have envisaged that if she cohabited for the prescribed period of time with another man, she was putting her right to maintenance from her husband in jeopardy. It is my view, therefore, that the court does not have the power under paragraph 7 to reinstate the appellant's maintenance in the face of paragraph 3.

À cet égard, il convient de souligner que, après avoir mentionné les conditions nécessaires pour que le tribunal apporte une modification, le paragraphe prévoit « ... alors le montant mensuel que le mari doit verser à l'épouse [...] pourra être modifié » (c'est moi qui souligne). À première vue, cela laisse entendre que le pouvoir de modifier se limite au pouvoir de modifier le montant et ne comprend pas le pouvoir de rétablir les aliments lorsqu'on a perdu le droit à une pension alimentaire. Toutefois, il se peut que la portée de la clause puisse être étendue de manière à viser la situation dans laquelle les paiements avaient déjà été interrompus parce que l'épouse n'en avait plus besoin ou parce que le mari ne pouvait plus les faire. Mais on peut se demander si elle peut être interprétée de manière à viser un cas comme la présente affaire, où la perte du droit découle d'une cause qui n'a rien à voir avec les moyens ou les besoins des parties et de plus, d'une cause qui est expressément visée dans la convention?

e

J'ai conclu que, d'après la manière dont elle est rédigée, la clause ne peut avoir une telle portée et le paragraphe 15 semble étayer cette opinion. Dans ce paragraphe, chaque partie accepte les dispositions de la convention pour régler ses réclamations en vertu de la *Loi sur le divorce* et en vertu de la législation de la province en matière de biens matrimoniaux, puis convient que chacune est libre d'engager des procédures contre l'autre pour faire exécuter l'une des modalités de la convention. Je crois qu'il faut tenir pour acquis que l'appelante était au courant de la signification de cette dernière disposition dans le contexte de son accord, au paragraphe 3, que la cohabitation pendant une période de plus de 90 jours lui ferait perdre le droit à une pension alimentaire. Elle doit avoir envisagé le fait que, si elle cohabitait pendant la période prescrite avec un autre homme, elle risquait de perdre son droit de recevoir des aliments de son mari. Par conséquent, je suis d'avis que la cour n'a pas le pouvoir en vertu du paragraphe 7 de rétablir la pension alimentaire de l'appelante compte tenu du paragraphe 3.

(b) *Variation Under s. 11(2) of the Divorce Act*

As already mentioned, the court's power to vary maintenance in a divorce decree is very limited where the provisions in the decree are the result of a negotiated settlement freely entered into by the parties on the advice of independent legal counsel. The approach of the courts is to respect such settlements wherever possible and to exercise their power of intervention under the *Divorce Act* only in the case of a radical change in circumstances related to a pattern of economic dependency of one party on the other generated by the marriage relationship: see *Pelech, supra*.

We have no evidence in this case of such a change in circumstances. Indeed, the courts below found no change apart from the fact that the respondent had discontinued maintenance pursuant to paragraph 3 of the minutes of settlement, which they found he was entitled to do, and that the appellant was receiving social assistance at the time of the application. We know nothing about the appellant's work pattern either prior to or during the marriage; what marketable skills she has; the level of health she enjoys; the availability of jobs for which she might be suited; the efforts she has made to find employment. We know that she is 41 years of age and looks after an 11 year old daughter who is presumably attending school. I do not believe that the evidence of change in the appellant's circumstances meets the stringent test set out in *Pelech*. I would conclude therefore that this is not an appropriate case for the Court's exercise of its power under s. 11(2) of the *Divorce Act*.

4. Conclusions

(a) Paragraph 3 of the separation agreement is a valid and enforceable provision and was properly invoked by the respondent.

(b) The *non obstante* language in paragraph 7 does not empower the court to reinstate mainte-

b) *La modification fondée sur le par. 11(2) de la Loi sur le divorce*

Comme je l'ai déjà mentionné, le pouvoir du tribunal de modifier la pension alimentaire fixée dans un jugement de divorce est très limité lorsque les dispositions du jugement résultent d'un règlement négocié et conclu librement par les parties après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants. L'attitude des tribunaux est de respecter ces conventions dans la mesure du possible et de n'exercer le pouvoir d'intervention que leur confère la *Loi sur le divorce* que dans le cas d'un changement radical de circonstances lié à un régime de dépendance économique d'une partie envers l'autre, engendré par le mariage: voir *Pelech, précité*.

En l'espèce, on ne nous a pas démontré l'existence d'un tel changement de circonstances. En fait, les tribunaux d'instance inférieure ont conclu qu'il n'y avait eu aucun changement si ce n'est que l'intimé avait cessé de verser la pension alimentaire en application du paragraphe 3 de la convention, ce qu'ils ont jugé qu'il était autorisé à faire, et que l'appelante recevait des prestations sociales au moment de la demande. Nous ne savons rien du travail de l'appelante avant ou pendant le mariage, de ses compétences qui peuvent avoir une valeur sur le marché du travail, de sa santé, de la disponibilité d'emplois qui pourraient lui convenir, des efforts qu'elle a déployés pour trouver du travail. Nous savons qu'elle est âgée de 41 ans et qu'elle s'occupe d'une fillette de 11 ans qui, vraisemblablement, va à l'école. Je ne crois pas que la preuve de changement dans les circonstances de l'appelante satisfasse au critère strict qui a été établi dans l'arrêt *Pelech*. Par conséquent, je suis d'avis de conclure qu'il ne s'agit pas d'un cas où la Cour peut à juste titre exercer le pouvoir que lui confère le par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*.

i 4. Conclusions

a) Le paragraphe 3 de la convention de séparation est une disposition valide et exécutoire et a été invoquée à bon droit par l'intimé.

b) La clause dérogatoire du paragraphe 7 ne donne pas au tribunal le pouvoir de rétablir les

nance for the former wife where it has been validly discontinued under paragraph 3.

(c) The court should not reinstate maintenance for the wife under its power to vary maintenance in the *Divorce Act* where to do so would deny any effect to a valid and enforceable agreement (which is not unconscionable in the substantive law sense) entered into by the parties freely and on the advice of independent legal counsel.

(d) The appellant was unable to satisfy the trial judge or the Court of Appeal on the evidence that there had been any change of circumstances other than the change arising from the husband's enforcement of paragraph 3 as contemplated by the parties in the agreement. Still less was she able to establish a change which would satisfy the test in *Pelech*. This Court should not interfere with the lower courts' findings.

5. Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the judgment of my colleague Wilson J. I fully agree with her interpretation of the settlement agreement, and I also agree that the appellant has failed to discharge the onus that lies upon her to support a variation under s. 11(2) of the *Divorce Act* of the maintenance order incorporating that agreement. I would, therefore, dispose of this appeal in the manner proposed by Wilson J.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Cable, Veale & Morris, Whitehorse.

Solicitors for the respondent: O'Brien & Smith, Whitehorse.

paiements de la pension alimentaire de l'ex-épouse lorsqu'on a validement cessé de les faire en application du paragraphe 3.

c) Le tribunal ne devrait pas rétablir la pension alimentaire de l'épouse aux termes du pouvoir que lui accorde la *Loi sur le divorce* de modifier la pension alimentaire, car cela aurait pour conséquence d'annuler une convention valide et exécutoire (qui n'est pas lésionnaire au sens du droit positif) que les parties ont conclue librement après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants.

d) L'appelante a été incapable de convaincre le juge de première instance ou la Cour d'appel qu'il y a eu un changement de circonstances autre que le changement découlant de la mise à exécution par le mari des dispositions du paragraphe 3 comme l'avaient envisagé les parties dans la convention. Elle a été encore moins en mesure d'établir l'existence d'un changement qui aurait satisfait au critère de l'arrêt *Pelech*. Cette Cour ne devrait pas modifier les conclusions des tribunaux d'instance inférieure.

5. Décision

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

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de ma collègue le juge Wilson. Je suis entièrement d'accord avec son interprétation de la convention et je suis également d'accord pour dire que l'appelante ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombe pour justifier une modification, aux termes du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, de l'ordonnance alimentaire dans laquelle est incorporée cette convention. Par conséquent, je suis d'avis de statuer sur le présent pourvoi de la manière proposée par le juge Wilson.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Cable, Veale & Morris, Whitehorse.

Procureurs de l'intimé: O'Brien & Smith, Whitehorse.

Larry St. Pierre and Mary Grace St. Pierre
Appellants

v.

The Minister of Transportation and Communications *Respondent*

INDEXED AS: ST. PIERRE v. ONTARIO (MINISTER OF TRANSPORTATION AND COMMUNICATIONS)

File No.: 18268.

1986: March 26; 1987: June 4.

Present: McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Expropriation — Injurious affection — Compensation — Land acquired for highway adjacent to appellants' property — None of appellants' lands expropriated — Whether or not damages resulting from construction of highway compensable — Expropriations Act, R.S.O. 1970, c. 154, ss. 1, 21 (now R.S.O. 1980, c. 148).

In 1961 appellants bought land zoned "open space" in a quiet, rural neighbourhood near London and built their retirement home. Some time prior to 1976, respondent acquired a strip of land adjoining the eastern boundary of the appellants' land to construct a highway which was opened to traffic in 1977. No part of the appellants' lands was taken or acquired. Appellants brought a claim for injurious affection of their land. The decision of the Land Compensation Board, now the Ontario Municipal Board, to allow the claim for compensation was upheld by the Divisional Court but overturned by the Court of Appeal. At issue here was whether the construction of the highway with its resultant damage to the appellants' property was actionable at common law.

Held: The appeal should be dismissed.

Appellants' claim was for loss of amenities—loss of prospect and elements of loss of privacy. The courts have consistently denied recovery for the loss of prospect. The use of the highway too, while probably a disruptive element, was not a field of damage which could be

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Larry St. Pierre et Mary Grace St. Pierre
Appellants

c.

Le ministre des Transports et Communications *Intimé*

RÉPERTORIÉ: ST. PIERRE c. ONTARIO (MINISTRE DES TRANSPORTS ET COMMUNICATIONS)

b N° du greffe: 18268.

1986: 26 mars; 1987: 4 juin.

c Présents: Les juges McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

d *Expropriation — Atteinte préjudiciable — Indemnisation — Bien-fonds acquis pour la construction d'une route adjacente au bien-fonds des appellants — Aucune expropriation du bien-fonds des appellants — Les dommages résultant de la construction de la route ouvrent-ils droit à une indemnisation? — Expropriations Act, R.S.O. 1970, chap. 154, art. 1, 21 (maintenant R.S.O. 1980, chap. 148).*

e En 1961, les appelants ont acheté un bien-fonds faisant partie d'un zonage «général» dans un endroit calme et rural près de London et y ont construit une maison pour leur retraite. Peu avant 1976, l'intimé a acquis une bande de terrain adjacente à la limite est du bien-fonds des appelants pour y construire une route qui a été ouverte à la circulation en 1977. Le bien-fonds des appelants n'a aucunement été exproprié. Les appelants ont demandé une indemnisation pour atteinte préjudiciable à leur bien-fonds. La décision de l'Office d'indemnisation foncière, maintenant la Commission des affaires municipales de l'Ontario, de faire droit à la demande d'indemnisation a été confirmée par la Cour divisionnaire mais infirmée par la Cour d'appel. La question qui se pose en l'espèce est de savoir si la construction de la route et les dommages qui en ont résulté à l'égard du bien-fonds des appelants ouvrent droit à une action en *common law*.

f *g* *h* *i* *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

j La réclamation des appelants est fondée sur la perte d'agrément—perte de perspective et perte d'intimité. Les tribunaux ont systématiquement jugé qu'il ne peut y avoir d'indemnisation pour la perte de perspective. L'utilisation de la route constitue probablement un élément

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

considered: any claim must be limited to loss caused by the construction. Respondent's use of the land, moreover, was not unreasonable. Highways are necessary and may cause disruption but in the balancing process inherent in the law of nuisance their utility for the public good far outweighs the disruption and injury visited upon adjoining lands. The law of nuisance will not extend to allow for compensation in this case.

Cases Cited

Distinguished: *Re City of Windsor and Larson* (1980), 29 O.R. (2d) 669; *The Queen v. Loisselle*, [1962] S.C.R. 624; *Nor-Video Services Ltd. v. Ontario Hydro* (1978), 4 C.C.L.T. 244; *T. H. Critelli Ltd. v. Lincoln Trust and Savings Co.* (1978), 86 D.L.R. (3d) 724; *Schenck v. The Queen in right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595; **referred to:** *Canadian Pacific Railway Co. v. Albin* (1919), 59 S.C.R. 151; *Fried v. Minister of Transportation and Communications* (1972), 3 L.C.R. 262; *The King v. MacArthur* (1904), S.C.R. 570; *Pugliese v. National Capital Commission* (1977), 17 O.R. (2d) 129; *William Aldred's Case* (1610), 9 Co. Rep. 57 b, 77 E.R. 816; *Foli v. Devonshire Club* (1887), 3 T.L.R. 706; *Walker v. Pioneer Construction Co. (1967) Ltd.* (1975), 8 O.R. (2d) 35; *Muirhead v. Timbers Brothers Sand & Gravel Ltd.* (1977), 3 C.C.L.T. 1.

Statutes and Regulations Cited

Expropriations Act, R.S.O. 1970, c. 154, ss. 1, 21, (now R.S.O. 1980, c. 148).

Authors Cited

Buckley, R. A. *The Law of Nuisance*. London: Butterworths, 1981.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 4th ed. Sydney: Law Book Co., 1971.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1982.
 Street, Harry. *The Law of Torts*, 6th ed. London: Butterworths, 1976.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 43 O.R. (2d) 767, 2 D.L.R. (4th) 558, 28 L.C.R. 1, allowing an appeal from a judgment of the Divisional Court (1982), 38 O.R. (2d) 341, 25 L.C.R. 250, dismissing an appeal and cross-appeal from a judgment of the Land Com-

perturbateur, mais n'est pas un type de dommage dont on peut tenir compte: toute réclamation doit être limitée à la perte occasionnée par la construction. L'utilisation que le ministre a faite du bien-fonds n'était pas abusive. Les routes sont nécessaires et peuvent causer des inconvénients mais, dans l'exercice d'équilibre inhérent au droit de la nuisance, leur utilité pour le bien public l'emporte de beaucoup sur les inconvénients et les préjudices que subissent les biens-fonds adjacents. Le droit de la nuisance ne va pas jusqu'à permettre une indemnisation en l'espèce.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts: *Re City of Windsor and Larson* (1980), 29 O.R. (2d) 669; *The Queen v. Loisselle*, [1962] R.C.S. 624; *Nor-Video Services Ltd. v. Ontario Hydro* (1978), 4 C.C.L.T. 244; *T. H. Critelli Ltd. v. Lincoln Trust and Savings Co.* (1978), 86 D.L.R. (3d) 724; *Schenck v. The Queen in right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595; **arrêts mentionnés:** *Canadian Pacific Railway Co. v. Albin* (1919), 59 R.C.S. 151; *Fried v. Minister of Transportation and Communications* (1972), 3 L.C.R. 262; *The King v. MacArthur* (1904), R.C.S. 570; *Pugliese v. National Capital Commission* (1977), 17 O.R. (2d) 129; *William Aldred's Case* (1610), 9 Co. Rep. 57 b, 77 E.R. 816; *Foli v. Devonshire Club* (1887), 3 T.L.R. 706; *Walker v. Pioneer Construction Co. (1967) Ltd.* (1975), 8 O.R. (2d) 35; *Muirhead v. Timbers Brothers Sand & Gravel Ltd.* (1977), 3 C.C.L.T. 1.

Lois et règlements cités

Expropriations Act, R.S.O. 1970, chap. 154, art. 1, 21, (maintenant R.S.O. 1980, chap. 148).

Doctrine citée

Buckley, R.A. *The Law of Nuisance*. London: Butterworths, 1981.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 4th ed. Sydney: Law Book Co., 1971.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1982.
 Street, Harry. *The Law of Torts*, 6th ed. London: Butterworths, 1976.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 43 O.R. (2d) 767, 2 D.L.R. (4th) 558, 28 L.C.R. 1, qui a accueilli un appel contre un jugement de la Cour divisionnaire (1982), 38 O.R. (2d) 341, 25 L.C.R. 250, qui avait rejeté un appel contre un jugement de l'Office

pensation Board (now the Ontario Municipal Board) (1981), 21 L.C.R. 68. Appeal dismissed.

Earl A. Cherniak, Q.C., and Mary Anne Sanderson, for the appellants.

R. Allan O'Donnell, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal concerns a claim by property owners for compensation for injurious affection of their land, caused by the acquisition of adjoining land by the respondent Minister and the construction thereon of a public highway. No part of the claimants' lands was taken or acquired.

In 1961, the appellants purchased 125 acres of land some two miles east of downtown London, Ontario, and about one mile from the city limits. They considered the land, because of the quiet, rural nature of the neighbourhood, an ideal location for a retirement home which they constructed on the property. Zoning in the area was "open space" and remains so. Some time prior to 1976, the Minister acquired a strip of land for the purpose of highway construction, approximately 250 feet wide, adjoining the eastern boundary of the claimants' land. Construction commenced in June of 1976 and the highway was opened to traffic in 1977. These proceedings resulted.

The Land Compensation Board, now the Ontario Municipal Board, upheld the claim for compensation (1981), 21 L.C.R. 68. The Board (R. M. Grant, Q.C.) held that damages resulting from the construction of the highway were compensable. He relied on the *Re City of Windsor and Larson* (1980), 29 O.R. (2d) 669, and *The Queen v. Loiselle*, [1962] S.C.R. 624, which latter case listed the four conditions that must be met in order to maintain an action for injurious affection when no land is taken. The four conditions are expressed by Abbott J., at p. 627, in these words:

d'indemnisation foncière (maintenant la Commission des affaires municipales de l'Ontario) (1981), 21 L.C.R. 68. Pourvoi rejeté.

Earl A. Cherniak, c.r., et Mary Anne Sanderson, pour les appelants.

R. Allan O'Donnell, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi porte sur une demande d'indemnisation pour atteinte préjudiciable à un bien-fonds, résultant de l'acquisition par le Ministre intimé de biens-fonds adjacents et de la construction d'une route sur ces derniers. Le Ministre ne s'est approprié aucune partie du bien-fonds des plaignants.

En 1961, les appelants ont acheté 125 acres de terre à quelque deux milles à l'est du centre-ville de London (Ontario) et à environ un mille des limites de la ville. À cause de la nature calme et rurale des environs, ils ont considéré que ce terrain était un emplacement idéal pour une maison qu'ils y ont construite pour leur retraite. L'endroit faisait partie d'un zonage «général» et l'est encore. Peu avant 1976, le Ministre a acquis une bande de terrain pour la construction d'une route, d'une largeur d'environ 250 pieds, adjacente à la limite est du bien-fonds des plaignants. La construction a commencé en juin 1976 et la route a été ouverte à la circulation en 1977. Les présentes procédures en ont résulté.

L'Office d'indemnisation foncière, maintenant la Commission des affaires municipales de l'Ontario, a fait droit à la demande d'indemnisation (1981), 21 L.C.R. 68. L'Office (R. M. Grant, c.r.) a conclu que les dommages résultant de la construction de la route ouvraient droit à une indemnisation. Il s'est fondé sur la décision la *Re City of Windsor and Larson* (1980), 29 O.R. (2d) 669, et sur l'arrêt *The Queen v. Loiselle*, [1962] R.C.S. 624; cet arrêt énumère les quatre conditions qu'il faut remplir pour obtenir gain de cause en matière d'atteinte préjudiciable lorsqu'on ne s'est approprié aucun bien-fonds. Les quatre conditions sont formulées comme il suit par le juge Abbott, à la p. 627:

The conditions required to give rise to a claim for compensation for injurious affection to a property, when no land is taken, are now well established; *Autographic Register Systems Ltd. v. Canadian National Railway Company* [[1933] Ex. C.R. 152]; Challies "The Law of Expropriation", p. 136. These conditions are:

- (1) the damage must result from an act rendered lawful by statutory powers of the person performing such act;
- (2) the damage must be such as would have been actionable under the commonlaw, but for the statutory powers;
- (3) the damage must be an injury to the land itself and not a personal injury or an injury to business or trade;
- (4) the damage must be occasioned by the construction of the public work, not by its user.

The Board was of the view that all the above conditions were met. It held that the proper date for the establishment of the damages was the date upon which the highway construction was completed and opened to traffic. On conflicting evidence as to the effect of such construction on the value of the property, it was found that its value had been reduced to the extent of \$35,000. The claim for personal damages under *The Expropriations Act*, R.S.O. 1970, c. 154, now R.S.O. 1980, c. 148, was dismissed on the basis that they were minimal.

An appeal to the Divisional Court by the Minister (1982), 38 O.R. (2d) 341, was dismissed (Krever, Smith and Potts JJ.) Smith J., writing for the court, said that he was not convinced that the Board was wrong. The Board, in his view, had applied the correct principles and reached the correct result. While it is evident that Smith J. considered that the liability of the Minister depended on a finding that the Minister would be liable at common law, save for the defence of statutory authority, he said at p. 344:

The actionable rule can have reference to what the law historically recognized as being proper subjects of compensation. The common law, however, in this instance, as in any other, is not a frozen instrument. Any suggestion that the compensation will be confined to a viola-

[TRADUCTION] Les conditions requises pour donner naissance à une demande d'indemnisation pour atteinte préjudiciable à un bien, lorsqu'on ne s'approprie aucun bien-fonds, sont maintenant bien établies; *Autographic Register Systems Ltd. v. Canadian National Railway Company* [[1933] Ex. C.R. 152]; Challies «The Law of Expropriation», p. 136. Ces conditions sont les suivantes:

- (1) le dommage doit résulter d'un acte légalisé par les pouvoirs que la loi confère à la personne qui exécute cet acte;
- (2) le dommage doit être tel qu'il aurait pu faire l'objet d'une action en *common law*, n'eussent été les pouvoirs conférés par la loi;
- (3) le dommage doit être un préjudice au bien-fonds lui-même, ce ne doit pas être un préjudice personnel ou commercial;
- (4) le dommage doit être occasionné par la construction d'un ouvrage public, et non par son utilisation.

Selon l'Office, ces conditions étaient remplies. Il a conclu que la date de fixation des dommages-intérêts était la date à laquelle la route a été complétée et ouverte à la circulation. Pour ce qui est de la preuve contradictoire quant à l'effet de cette construction sur la valeur du bien, il a conclu que sa valeur avait été réduite de 35 000 \$. La demande de dommages-intérêts personnels fondée sur *The Expropriations Act*, R.S.O. 1970, chap. 154, maintenant R.S.O. 1980, chap. 148, a été rejetée pour le motif qu'ils étaient minimes.

L'appel que le Ministre a interjeté devant la Cour divisionnaire composée des juges Krever, Smith et Potts a été rejeté (1982), 38 O.R. (2d) 341. Le juge Smith, qui a rédigé l'opinion de la cour, a dit qu'il n'était pas convaincu que l'Office avait eu tort. À son avis, l'Office avait appliqué les bons principes et était arrivé à la bonne conclusion. Bien qu'il soit évident que le juge Smith a estimé que la responsabilité du Ministre reposait sur une conclusion que celui-ci serait responsable en *common law*, n'eût été le pouvoir conféré par la loi, il a dit à la p. 344:

[TRADUCTION] Pour déterminer ce qui ouvre droit à une poursuite on peut se rapporter à ce qui a historiquement été reconnu comme pouvant faire l'objet d'une indemnisation. La *common law*, cependant, dans cette affaire, comme dans toute autre, n'est pas un instrument figé.

tion of a specific right traditionally recognized by law is, with respect, erroneous.

In dealing with the Minister's question as to what right had been violated, he said at p. 344:

It appears to me that the emphasis must not be on "right", except in the very broad sense of user without interference as a right. An owner has a private right to the use of his property in all its aspects and it is the alleged violation of that *user right* that must be scrutinized in each case.

He suggested that such scrutiny will always boil down to "a question of substantial interference with enjoyment with all that enjoyment implies". Applying this approach, he supported the judgment of the Board.

The Minister's appeal to the Court of Appeal (1983), 43 O.R. (2d) 767, (Lacourcière, Houlden and Weatherston J.J.A.) was allowed. Weatherston J.A. wrote for himself and Lacourcière J.A. Houlden J.A. wrote a separate concurring judgment. Weatherston reviewed the case-law on the subject of compensation for injurious affection, finding it against the claimants' position. Citing the words of Anglin J. in *Canadian Pacific Railway Co. v. Albin* (1919), 59 S.C.R. 151, at p. 159, he held that in order to succeed in such an action the claimants had to show "a physical interference with a right which the owner was entitled to use in connection with his property' which substantially diminished its value". It was not sufficient to merely show an indefinable loss in the enjoyment of the property. He concluded with this statement, at p. 773:

The definition of injurious affection in the *Expropriations Act* uses the language of the case-law, but it does not in express terms exclude a nuisance caused by the reasonable apprehension of the use (or misuse) of authorized works, where no land is acquired from an owner. The apprehension of the intended use of authorized works can be said to result from their construction, and not their use, but I think this is too fine a point. Where the *Expropriations Act* broadens the definition of injurious affection, it does so in clear terms; where, as in this case, it employs the language of the case-law, it must be held that the Legislature intended that the

Toute proposition portant que l'indemnisation sera limitée à la violation d'un droit spécifique traditionnellement reconnu par la loi est, avec égards, erronée.

À la question du Ministre sur le droit qui avait été violé, il a répondu à la p. 344:

[TRADUCTION] J'estime que l'accent ne doit pas être mis sur le «droit», excepté dans le sens très large de droit d'utilisation sans entrave. Un propriétaire a le droit privé d'utiliser son bien dans tous ses aspects et c'est la violation alléguée de ce *droit d'utilisation* qui doit être examinée dans chaque cas.

Il a dit que cet examen se réduira toujours à [TRADUCTION] «une question d'entrave importante à la jouissance et à tout ce que celle-ci comporte». Appliquant cette façon de voir, il a confirmé la décision de l'Office.

L'appel du Ministre à la Cour d'appel (1983), 43 O.R. (2d) 767, composée des juges Lacourcière, Houlden et Weatherston a été accueilli. Le juge Lacourcière a souscrit à l'opinion rédigée par le juge Weatherston. Le juge Houlden a rédigé des motifs distincts au même effet. Le juge Weatherston a passé en revue la jurisprudence sur l'indemnisation pour atteinte préjudiciable et a conclu qu'elle n'était pas favorable à la position des plaignants. Citant les mots du juge Anglin dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. v. Albin* (1919), 59 R.C.S. 151, à la p. 159, il a conclu que, pour réussir dans une telle action, les plaignants devaient démontrer [TRADUCTION] «une entrave matérielle à un droit que le propriétaire était en droit d'exercer en relation avec son bien» qui en diminue la valeur d'une façon importante». Il ne suffisait pas de simplement démontrer une perte indéfinissable de jouissance du bien. Il a conclu à la p. 773 en affirmant:

[TRADUCTION] La définition de l'atteinte préjudiciable dans l'*Expropriations Act* emploie les termes de la jurisprudence, mais elle n'exclut pas expressément une nuisance créée par la crainte raisonnable de l'utilisation (ou la mauvaise utilisation) d'ouvrages autorisés, lorsqu'on ne s'approprie aucun bien-fonds d'un propriétaire. On peut dire que la crainte de l'utilisation envisagée d'ouvrages autorisés résulte de leur construction et non de leur utilisation, mais je crois qu'il s'agit d'un point trop subtil. Lorsque l'*Expropriations Act* élargit la définition d'atteinte préjudiciable, elle le fait en des termes clairs; lorsque, comme en l'espèce, elle emploie les

words used would have the same meaning that they had before. The reduction in the market value of the claimants' lands, caused by the apprehension that the new highway would be used for its intended purpose, was not "injurious affection" within the meaning of the Act, and is not compensable.

In concurring reasons, Houlden J.A. expressed the view that the statement of Anglin J. in *Albin*, *supra*, was too restrictive. The court's duty, in his view, was simply to construe the relevant statutory provisions. Under the Act, the claimants were required to establish that they did have a cause of action at common law. He acknowledged that on rare occasions a landowner could recover damages in a case of this nature, referring to *Re City of Windsor and Larson*, *supra*, (interference with access to the claimants' property); *The Queen v. Loiselle*, *supra*, (closing or relocating an existing road); and *Fried v. Minister of Transportation and Communications* (1972), 3 L.C.R. 262, (altering the course of a creek bed). He did not, however, consider that the appellants' claim fell into that category. The appellants' claim, in his view, was simply based upon the fact that the neighbourhood had changed. They have lost the privacy they once enjoyed and they have lost their good view. In his opinion, the Minister in constructing the highway did not make unreasonable use of his lands and, accordingly, no action could lie. He quoted with approval the following passage from the judgment of Nesbitt J., speaking for this Court, in *The King v. MacArthur* (1904), 34 S.C.R. 570, at pp. 576-77:

It was never intended that where the execution of works, authorized by Acts of Parliament, sentimentally affected values in the neighbourhood, all such property owners could have a claim for damages. In most of our large cities values are continually changing by reason of necessary public improvements made, and if, although no lands are taken, everybody owning lands in the locality could, by reason of the changed character of the neighbourhood or interference with certain convenient highways, claim compensation by reason of a supposed falling of the previous market value of property in the

termes de la jurisprudence, il faut présumer que le législateur voulait que les mots employés aient le même sens qu'ils avaient auparavant. La réduction de la valeur marchande du bien-fonds des plaignants, causée par la crainte que la nouvelle route soit utilisée pour la fin à laquelle elle est destinée, n'est pas une «atteinte préjudiciable» au sens de la Loi, et elle n'ouvre pas droit à une indemnisation.

Dans ses motifs au même effet, le juge Houlden a exprimé l'opinion que l'affirmation du juge Anglin dans l'arrêt *Albin*, précité, était trop restrictive. À son avis, le devoir de la cour consistait simplement à interpréter les dispositions pertinentes de la loi. En vertu de la Loi, les plaignants étaient tenus d'établir qu'ils avaient bien une cause d'action en *common law*. Il a reconnu qu'en de rares occasions un propriétaire foncier pouvait recouvrer des dommages-intérêts dans une affaire de ce genre, renvoyant aux affaires *Re City of Windsor and Larson*, précitée (entrave à l'accès à la propriété des plaignants); *The Queen v. Loiselle*, précitée (fermeture ou relocalisation d'un chemin existant) et *Fried v. Minister of Transportation and Communications* (1972), 3 L.C.R. 262 (déplacement du lit d'un ruisseau). Il n'a cependant pas estimé que la réclamation des appelants relevait de cette catégorie. À son avis, la réclamation des appelants était simplement fondée sur le fait que les environs avaient changé. Ils ont perdu l'intimité dont ils jouissaient auparavant et ils ont perdu leur bonne vue. À son avis, en construisant la route, le Ministre n'a pas fait un usage abusif de ses biens-fonds et, par conséquent, il n'y avait pas de recours. Il a cité et approuvé l'extrait suivant des motifs du juge Nesbitt, parlant au nom de cette Cour, dans l'arrêt *The King v. MacArthur* (1904), 34 R.C.S. 570, aux pp. 576 et 577:

[TRADUCTION] On n'a jamais voulu que, lorsque la construction d'ouvrages autorisés par des lois du Parlement porte atteinte à la valeur sentimentale de biens dans les environs, tous les propriétaires puissent réclamer des dommages-intérêts. Dans la plupart de nos grandes villes, les valeurs changent continuellement en raison de travaux d'amélioration publics nécessaires et si, quoiqu'on ne s'approprie aucun bien-fonds, chaque propriétaire foncier de la localité pouvait, en raison de la modification de la nature des environs ou de certaines routes utiles, réclamer une indemnisation en raison

neighbourhood, it would render practically impossible the obtaining of such improvements.

The appellants argued that the Ontario Court of Appeal had erred in ignoring the test of nuisance set out in Fleming, *The Law of Torts* (4th ed. 1971), at p. 346. This test had been approved by that court in *Pugliese v. National Capital Commission* (1977), 17 O.R. (2d) 129, and is reproduced below (p. 154):

The paramount problem in the law of nuisance is, therefore, to strike a tolerable balance between conflicting claims of landowners, each invoking the privilege to exploit the resources and enjoy the amenities of his property without undue subordination to the reciprocal interests of the other. Reconciliation has to be achieved by compromise and the basis for adjustment is reasonable user. Legal intervention is warranted only when an excessive use of property causes inconvenience beyond what other occupiers in the vicinity can be expected to bear, having regard to the prevailing standard of comfort of the time and place. Reasonableness in this context is a two-sided affair. It is viewed not only from the standpoint of the defendant's convenience, but must also take into account the interest of the surrounding occupiers. It is not enough to ask: Is the defendant using his property in what would be a reasonable manner if he had no neighbour? The question is, Is he using it reasonably, having regard to the fact that he has a neighbour?

In their submission, this is the only realistic test in the modern world and to require physical interference with a definable or ascertainable right, in order to establish the existence of a nuisance, is contrary to recent authority and would hinder the development of the law of nuisance. The appellants argue that recent authority has extended the concept of nuisance and opened up a new range of matters which, in accordance with the Fleming test, would justify a finding of nuisance outside of traditional categories established by the courts. As an example, the appellants refer to *Nor-Video Services Ltd. v. Ontario Hydro* (1978), 4 C.C.L.T. 244, where Robins J., of the Ontario Supreme Court, held that the inability to receive television signals or an unreasonable interference with them

d'une chute supposée de la valeur marchande antérieure des propriétés dans les environs, il deviendrait pratiquement impossible d'obtenir ce type d'amélioration.

Les appelants allèguent que la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en ne tenant pas compte du critère de la nuisance exposé dans Fleming, *The Law of Torts* (4th ed. 1971), à la p. 346. Cette cour avait approuvé ce critère dans l'arrêt *Pugliese v. National Capital Commission* (1977), 17 O.R. (2d) 129; je le reproduis (p. 154):

[TRADUCTION] Le plus grave problème dans le droit de la nuisance consiste donc à établir un équilibre tolérable entre des réclamations incompatibles de propriétaires fonciers qui invoquent chacun le privilège d'exploiter les ressources et de jouir des agréments de leurs biens sans avoir à se soumettre indûment aux intérêts réciproques d'autrui. La conciliation s'obtient par le compromis et le fondement du rajustement est l'utilisation raisonnable. L'intervention de la loi n'est justifiée que lorsqu'une utilisation excessive du bien cause des inconvénients qui vont au-delà de ce que les autres occupants dans les environs peuvent s'attendre de supporter, compte tenu des normes de confort acceptées à cette époque et à cet endroit. Dans ce contexte, le caractère raisonnable présente deux volets. Il est envisagé non seulement du point de vue de l'agrément du défendeur, mais il doit également tenir compte de l'intérêt des occupants des environs. Il ne suffit pas de se demander si le défendeur utilise son bien d'une façon qui serait raisonnable s'il n'avait pas de voisin. La question est plutôt de savoir s'il l'utilise de manière raisonnable, compte tenu du fait qu'il a un voisin.

Selon eux, c'est là le seul critère réaliste de nos jours, et exiger une entrave matérielle à un droit définissable ou vérifiable, pour établir l'existence d'une nuisance, est contraire à la jurisprudence et à la doctrine récentes et gênerait l'évolution du droit de la nuisance. Les appelants allèguent que la jurisprudence et la doctrine récentes ont élargi la notion de nuisance et ont accepté aux nouvelles gamme de choses qui, conformément aux critères de Fleming, justifieraient que l'on trouve de la nuisance en dehors des catégories traditionnelles établies par les tribunaux. Par exemple, les appelants renvoient à la décision *Nor-Video Services Ltd. v. Ontario Hydro* (1978), 4 C.C.L.T. 244, dans laquelle le juge Robins de la Cour suprême de l'Ontario a conclu que l'incapacité de capter des

would detract from the beneficial ownership of property. He stated, at p. 256:

The notion of nuisance is a broad and comprehensive one which has been held to encompass a wide variety of interferences considered harmful and actionable because of their infringement upon or diminution of an occupier's interest in the undisturbed enjoyment of his property. I can see no warrant for refinements in approach which would preclude from protection the interest in TV reception even assuming it to be a recreational amenity. In this day and age it is simply one of the benefits and pleasures commonly derived from domestic occupancy of property; its social value and utility to a community, perhaps even more so to a remote community such as the one in this case, cannot be doubted. The category of interests covered by the tort of nuisance ought not to be and need not be closed, in my opinion, to new or changing developments associated from time to time with normal usage and enjoyment of land. Accordingly I would reject the defendant's submission and hold that television reception is an interest worthy of protection and entitled to vindication in law.

The appellants cite a number of other cases in which actions in nuisance have been maintained, such as *T. H. Critelli Ltd. v. Lincoln Trust and Savings Co.* (1978), 86 D.L.R. (3d) 724 (Ont. H.C.) (construction of a tall building in the city causing accumulation of snow on the roof of an existing building), and *Schenck v. The Queen in right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.) (damage to fruit-growing land adjoining highway by salt from highway maintenance).

I am in agreement with Houlden J.A. in the Court of Appeal, when he said: "Our task is to interpret the language of the *Expropriations Act*". Section 21 of that Act provides that a statutory authority shall compensate the owner of land for loss or damage caused by injurious affection. Injurious affection is defined in s. 1 of the Act in the following terms:

1. ...

(e) "injurious affection" means,

signaux de télévision ou qu'une interférence inacceptable à leur égard porte atteinte à la propriété réelle du bien. Il dit à la p. 256:

[TRADUCTION] La nuisance est une notion générale et complète qui, a-t-on conclu, englobe une grande variété d'entraves considérées comme nuisibles et comme ouvrant droit à une poursuite parce qu'elles violent ou réduisent l'intérêt d'un occupant dans la jouissance paisible de son bien. Je ne vois aucune justification des subtilités de raisonnement qui empêcheraient de protéger l'intérêt à capter des signaux de télévision même si on présume qu'il s'agit d'agrément qui relèvent des loisirs. De nos jours, ce n'est qu'un des avantages et des agréments qui découlent ordinairement de l'occupation d'une propriété privée; on ne peut douter de sa valeur et de son utilité sociales pour une collectivité, peut-être encore davantage quand il s'agit d'une collectivité éloignée comme celle en l'espèce. La catégorie des intérêts visés par le délit que constitue la nuisance ne doit pas ni n'a besoin, à mon avis, d'être fermée à l'évolution ou aux nouveautés que l'on associe à l'utilisation et à la jouissance normales d'un bien-fonds. Par conséquent je suis d'avis de rejeter la prétention de la défenderesse et de conclure que la réception de signaux de télévision est un intérêt qui mérite d'être protégé et qui peut être revendiqué en droit.

Les appellants citent plusieurs autres décisions dans lesquelles des actions en nuisance ont été accueillies, par exemple *T. H. Critelli Ltd. v. Lincoln Trust and Savings Co.* (1978), 86 D.L.R. (3d) 724 (H.C. Ont.) (construction d'un grand édifice dans la ville qui cause des accumulations de neige sur le toit d'un édifice existant), et *Schenck v. The Queen in right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.) (dommages à des terrains de culture de fruits adjacents à une route causés par le sel épandu pour l'entretien de la route).

Je partage l'avis du juge Houlden de la Cour d'appel qui dit: [TRADUCTION] «Notre tâche consiste à interpréter les termes de l'*Expropriations Act*. L'article 21 de la Loi prévoit qu'une autorité créée par la loi doit indemniser le propriétaire foncier à l'égard de la perte ou des dommages causés par une atteinte préjudiciable. L'atteinte préjudiciable est définie à l'art. 1 de la Loi dans les termes suivants:

[TRADUCTION] 1. ...

e) «atteinte préjudiciable» désigne,

- | | |
|---|---|
| <p>(i) where a statutory authority acquires part of the land of an owner,</p> <p>a. the reduction in market value thereby caused to the remaining land of the owner by the acquisition or by the construction of the works thereon or by the use of the works thereon or any combination of them, and</p> <p>b. such personal and business damages, resulting from the construction or use, or both, of the works as the statutory authority would be liable for if the construction or use were not under the authority of a statute,</p> <p>(ii) where the statutory authority does not acquire part of the land of an owner,</p> <p>a. such reduction in the market value of the land of the owner, and</p> <p>b. such personal and business damages, resulting from the construction and not the use of the works by the statutory authority, as the statutory authority would be liable for if the construction were not under the authority of a statute,</p> | <p>(i) lorsqu'une autorité légale s'approprié une partie du bien-fonds d'un propriétaire,</p> <p>a. la diminution de la valeur marchande de la partie restante du bien-fonds du propriétaire, causée par l'appropriation, par la construction d'ouvrages sur ce bien-fonds, par l'utilisation des ouvrages s'y trouvant ou par la réunion de plusieurs de ces éléments, et</p> <p>b. le dommage personnel et commercial, résultant de la construction ou de l'utilisation des ouvrages ou des deux à la fois, dont l'autorité légale serait responsable si la construction ou l'utilisation n'intervenait pas en vertu d'une loi, ou</p> <p>(ii) lorsque l'autorité légale ne s'approprié pas une partie du bien-fonds d'un propriétaire,</p> <p>a. la diminution de la valeur marchande du bien-fonds du propriétaire, et</p> <p>b. le dommage personnel et commercial, qui résultent de la construction et non de l'utilisation des ouvrages par l'autorité légale et dont celle-ci serait responsable si la construction n'intervenait pas en vertu d'une loi,</p> |
|---|---|

As none of the appellants' land was acquired in this case, the matter falls to be determined under para. (ii). The reduction in market value of the land is accepted at \$35,000 and the statutory authority for the work has not been questioned. The sole question for determination then is whether the construction of the highway with its resultant damage to the property of the appellants would have been actionable at common law.

The only basis for an action to recover damages in the circumstances of this case would be the tort of nuisance. Nuisance has been variously described. In this case both parties have suggested definitions and there seems to be little if any dispute between them on the general description of the concept of nuisance. Reference has already been made to the comprehensive definition in Fleming, *The Law of Torts*. I would add the definition expressed in Street, *The Law of Torts* (6th ed. 1976), at p. 219:

A person, then, may be said to have committed the tort of private nuisance *when he is held to be respon-*

Comme on ne s'est approprié aucun bien-fonds des appelants en l'espèce, la question doit être tranchée en vertu de l'al. (ii). On reconnaît que la valeur marchande du bien-fonds a été réduite de 35 000 \$ et on ne conteste pas que l'ouvrage a été construit en vertu d'une loi. La seule question à trancher est alors de savoir si la construction de la route, qui a entraîné des dommages au bien des appelants, ouvre droit à une poursuite en *common law*.

Une action visant à recouvrer des dommages-intérêts dans les circonstances de l'espèce ne peut avoir comme fondement que le délit de nuisance. La nuisance a été décrite de diverses façons. Les deux parties en l'espèce ont proposé des définitions qui semblent comporter peu de différence sur la description générale de la notion de nuisance. J'ai déjà mentionné la définition globale donnée par Fleming dans *The Law of Torts*. Je désire ajouter la définition formulée par Street dans *The Law of Torts* (6th ed. 1976), à la p. 219:

[TRANSDUCTION] On peut alors dire qu'une personne a commis le délit de nuisance privée *lorsqu'elle est tenue*

sible for an act indirectly causing physical injury to land or substantially interfering with the use or enjoyment of land or of an interest in land, where, in the light of all the surrounding circumstances, this injury or interference is held to be unreasonable.

I am far from suggesting that there are not other definitions, and I do not suggest that the categories of nuisance are or ought to be closed. The above definitions, however, cover the general concept and we must now seek to apply it in the circumstances of this case.

The principal cases relied on by the appellants—*Nor-Video Services Ltd.*, *supra*; *T. H. Critelli Ltd.*, *supra*; and *Schenck*, *supra*—are said to take a broader approach to the question of nuisance than did the earlier cases. In my view, however, they are distinguishable from the circumstances which face the Court here. In each of those cases the action of the public authority substantially altered the nature of the claimant's property itself or at least interfered to a significant extent with the actual use being made of the property, with a resultant loss of value of the property. The same is true of the cases cited by Houlden J.A. in the Court of Appeal and relied on by the Land Compensation Board as instances in which recovery for injurious affection has been allowed. For example, in *Loiselle*, *supra*, the claimant's service station was left at the dead end of a *cul-de-sac* as a result of a diversion of a highway in order to accommodate the construction of the St. Lawrence Seaway. Similarly, in *Larson*, *supra*, a concrete median was built in the middle of the highway running in front of the claimant's motel, thereby severely restricting access with a resultant loss of value of the property. In both cases, the construction of the public works in close proximity to the lands so changed their situation as to greatly reduce if not eliminate their value for the uses to which they had been put prior to the construction and could, therefore, be classed as nuisances.

pour responsable d'un acte qui cause indirectement un préjudice matériel à un bien-fonds ou qui entrave de façon importante l'utilisation ou la jouissance du bien-fonds ou d'un intérêt dans le bien-fonds lorsque, compte tenu des circonstances, ce préjudice ou cette atteinte sont considérés comme déraisonnables.

Loin de moi l'idée qu'il n'y a pas d'autres définitions et je ne dis pas que les catégories de nuisance sont ou doivent être immuables. Les définitions qui précèdent, cependant, englobent la notion générale et nous devons maintenant tenter de l'appliquer dans les circonstances de l'espèce.

On dit que les principales décisions invoquées par les appelants, soit *Nor-Video Services Ltd.*, *T. H. Critelli Ltd.* et *Schenck*, précitées, adoptent une conception plus générale de la question de la nuisance que le faisaient les décisions antérieures. À mon avis, cependant, il faut établir une distinction entre ces affaires et les circonstances qui nous occupent ici. Dans chacune de ces affaires, l'acte de l'autorité publique a modifié de façon importante la nature du bien même du plaignant ou a, à tout le moins, entravé de manière importante l'utilisation réelle qu'il faisait du bien, ce qui a entraîné une diminution de sa valeur. Cela est également vrai des décisions citées par le juge Houlden en Cour d'appel et invoquées par l'Office d'indemnisation foncière comme étant des cas dans lesquels on a accordé une indemnisation pour atteinte préjudiciable. Par exemple, dans l'affaire *Loiselle*, précitée, la station-service du plaignant s'est retrouvée à l'extrémité d'une impasse par suite du détournement d'une route pour s'adapter à la construction de la Voie maritime du St-Laurent. De même, dans l'affaire *Larson*, précitée, une bande médiane de béton a été érigée au milieu de la route qui passait devant le motel du plaignant, en réduisant ainsi l'accès de façon importante, ce qui a entraîné une réduction de sa valeur. Dans les deux cas, la construction des ouvrages publics dans les environs immédiats des biens-fonds a changé leur situation au point de réduire grandement, sinon d'anéantir, leur valeur vu les fins pour lesquelles on les utilisait avant la construction, et cette construction pouvait donc être considérée comme une nuisance.

No such interference is to be found in the circumstances of this case. I agree with the Court of Appeal that what the appellants complain of here is the loss of prospect or the loss of view. There are as well the elements of loss of privacy, but in essence the complaint is that once they dwelt in a rural setting with a pleasing prospect and now they are confronted on one side of their land at least with a modern highway. It is a claim for loss of amenities. That the use of the highway will constitute a disruptive element is probably true but that is a field of damage which may not be considered. The claim is limited to loss occasioned by the construction.

From the very earliest times, the courts have consistently held that there can be no recovery for the loss of prospect, (*William Aldred's Case* (1610), 9 Co. Rep. 57 b, 77 E.R. 816; *Foli v. Devonshire Club* (1887), 3 T.L.R. 706; *Walker v. Pioneer Construction Co. (1967) Ltd.* (1975), 8 O.R. (2d) 35 (H.C.); *Muirhead v. Timbers Brothers Sand & Gravel Ltd.* (1977), 3 C.C.L.T. 1 (Ont. H.C.); see also Linden, *Canadian Tort Law* (3rd ed. 1982), at pp. 539-40; Buckley, *The Law of Nuisance* (1981), at p. 34; Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), at p. 385). Moreover, I am unable to say that there is anything unreasonable in the Minister's use of the land. The Minister is authorized—indeed he is charged with the duty—to construct highways. All highway construction will cause disruption. Sometimes it will damage property, sometimes it will enhance its value. To fix the Minister with liability for damages to every landowner whose property interest is damaged, by reason only of the construction of a highway on neighbouring lands, would place an intolerable burden on the public purse. Highways are necessary: they cause disruption. In the balancing process inherent in the law of nuisance, their utility for the public good far outweighs the disruption and injury which is visited upon some adjoining lands. The law of nuisance will not extend to allow for compensation in this case.

The appeal is dismissed without costs.

En l'espèce on ne rencontre pas ce type d'en-trave. Je partage l'opinion de la Cour d'appel que ce dont les appelants se plaignent en l'espèce est la perte de perspective ou de vue. Il y a également la perte d'intimité, mais la plainte porte essentiellement qu'ils habitaient avant dans un site rural avec une perspective agréable et qu'ils font maintenant face, sur au moins un côté de leur bien-fonds, à une route moderne. Il s'agit d'une réclamation pour perte d'agrément. Il est probablement exact que l'utilisation de la route constituera un élément perturbateur, mais c'est un type de dommage dont on ne peut tenir compte. La réclamation est limitée à la perte occasionnée par la construction.

Depuis le début, les tribunaux ont systématiquement jugé qu'il ne peut y avoir d'indemnisation pour perte de perspective, (*William Aldred's Case* (1610), 9 Co. Rep. 57 b, 77 E.R. 816; *Foli v. Devonshire Club* (1887), 3 T.L.R. 706; *Walker v. Pioneer Construction Co. (1967) Ltd.* (1975), 8 O.R. (2d) 35 (H.C.); *Muirhead v. Timbers Brothers Sand & Gravel Ltd.* (1977), 3 C.C.L.T. 1 (H.C. Ont.); voir également Linden, *Canadian Tort Law* (3rd ed. 1982), aux pp. 539 et 540; Buckley, *The Law of Nuisance* (1981), à la p. 34; Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), à la p. 385). En outre, je suis incapable de dire qu'il y ait quelque chose d'abusif dans l'utilisation que le Ministre fait du bien-fonds. Le Ministre a le pouvoir, il en a même le devoir, de construire des routes. Toute construction de route causera des inconvénients. Parfois elle endommagera la propriété, parfois elle en augmentera la valeur. Imputer au Ministre une responsabilité en dommages-intérêts envers chaque propriétaire foncier dont les intérêts de propriétaire sont lésés, uniquement à cause de la construction d'une route sur des terrains environnants, placerait un fardeau inadmissible sur le trésor public. Les routes sont nécessaires: elles causent des inconvénients. Dans l'exercice d'équilibre inhérent au droit de la nuisance, leur utilité pour le bien public l'emporte de beaucoup sur les inconvénients et les préjudices que subissent certains biens-fonds adjacents. Le droit de la nuisance ne va pas jusqu'à permettre une indemnisation en l'espèce.

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

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Lerner & Associates, London.

Solicitors for the respondent: O'Donnell & Frank, Toronto.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Lerner & Associates, London.

Procureurs de l'intimé: O'Donnell & Frank, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

James Douglas Robertson *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ROBERTSON

File No.: 19813.

1986: December 16, 17; 1987: June 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Sexual assault — Charge to jury — Defence of mistake of fact — Should the trial judge, in every sexual assault case, instruct the jury to consider whether the accused had an honest, though mistaken, belief in consent — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 244(4), 246.1(1)(a).

Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Accused convicted of sexual assault — Whether or not evidence of accused's making a sexual proposition to complainant's roommate admissible — If inadmissible, whether or not s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code applicable to save conviction.

The accused was charged with sexual assault under s. 246.1(1)(a) of the *Criminal Code*. At trial, the complainant testified that the accused, a complete stranger to her, gained entry to her apartment early one morning by pretending to be a friend of her roommate. When the complainant asked him to leave under threat of screaming, the accused put one hand over her mouth and with the other hand took hold of her hair, pulled her away from the door and forced her to the floor. He threatened her, struck her once in order to ensure her submission and then sexually assaulted her. The complainant was terrified and lay still, afraid that if she struggled the accused would hurt her. After a while, the accused got dressed and left.

In her testimony, the roommate indicated that she arrived shortly after the incident, found the complainant terribly upset and noticed a bruise over her eye. She also testified that she had met the accused the month before when she served him as a customer at the convenience

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

James Douglas Robertson *Intimé*^a RÉPERTORIÉ: R. C. ROBERTSON

N° du greffe: 19813.

1986: 16, 17 décembre; 1987: 4 juin.

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

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

^c *Droit criminel — Agression sexuelle — Exposé au jury — Moyen de défense d'erreur de fait — Le juge du procès doit-il dans chaque affaire d'agression sexuelle dire au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 244(4), 246.1(1)a).*

^e *Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Admissibilité du témoignage selon lequel l'accusé a fait des avances sexuelles à la compagne de chambre de la plaignante — Dans l'hypothèse de l'inadmissibilité, l'art. 613(1)b)(iii) du Code criminel s'applique-t-il de manière que la déclaration de culpabilité puisse être maintenue?*

^g L'accusé a été inculpé de l'infraction d'agression sexuelle prévue par l'al. 246.1(1)a) du *Code criminel*. Au procès, la plaignante a témoigné que l'accusé, qu'elle ne connaissait pas du tout, s'est fait admettre dans son appartement tôt un matin en se faisant passer pour un ami de sa compagne de chambre. Quand celle-ci lui a dit que, s'il ne partait pas, elle crierait, l'accusé lui a mis une main sur la bouche et de l'autre il l'a prise par les cheveux, l'a éloignée de la porte et l'a poussée par terre. ^h Il lui a proféré des menaces, l'a frappée une fois pour assurer sa soumission, puis a perpétré contre elle une agression sexuelle. Terrifiée, la plaignante se tenait tranquille, craignant que, si elle résistait, l'accusé ne la blesse. Après un certain temps, l'accusé s'est rhabillé et ⁱ est parti.

^j Dans son témoignage, la compagne de chambre a indiqué qu'elle est arrivée peu après l'incident, que la plaignante était toute bouleversée et qu'elle a remarqué une meurtrissure au-dessus de son œil. Elle a dit en outre avoir fait la connaissance de l'accusé le mois

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

store where she worked. She saw him twice in the subsequent days and, on the second occasion, they went to the apartment. The accused saw pictures of the complainant and indicated that he would be interested in meeting her. When he then told the roommate that he wished to sleep with her, she refused and asked him to leave. When he refused to do so, she left the apartment and he followed a few minutes later. As they walked towards the bus stop, the accused pinned her to the wall and told her that he could never love her, he could only hurt her.

In defence, the accused conceded identity and argued that the complainant had consented or, in the alternative, that he believed she had consented. He did not testify or call any witnesses. The basis of the accused's alternative argument was alleged inconsistencies in the complainant's testimony.

After hearing all the evidence the trial judge instructed the jury that before the accused could be found guilty of the offence of sexual assault they had to conclude that the Crown had proved beyond a reasonable doubt that the accused engaged in intentional touching of a sexual nature without the complainant's consent. The jury found the defendant guilty as charged but the Court of Appeal allowed the accused's appeal and ordered a new trial. The Court found that the trial judge had failed to instruct the jury on an essential element of the offence—that the accused knew that the complainant was not consenting or was reckless as to whether she consented or not—and felt that it could not apply the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* in such a case. This appeal is to determine (1) whether the trial judge in a sexual assault case must always instruct the jurors that the Crown has to satisfy them beyond a reasonable doubt that the accused knew the complainant was not consenting or was reckless as to whether she consented or not; and (2) whether the admission of the roommate's evidence that the accused had made a sexual proposition to her violated the "similar fact" evidence exclusionary rule.

Held: The appeal should be allowed.

(1) *The Trial Judge's Instruction*

There must be evidence that gives an air of reality to the accused's submission that he believed the complainant

précédent quand elle l'avait servi à l'épicerie de dépannage où elle travaillait. Dans les jours qui ont suivi elle l'a revu deux fois et, la seconde fois, ils sont allés à l'appartement. L'accusé y a remarqué des photos de la plaignante et s'est dit désireux de faire sa connaissance. Quand il a dit à la compagne de chambre qu'il voulait coucher avec elle, elle a refusé et lui a demandé de partir. Devant son refus, elle est sortie elle-même de l'appartement et l'accusé a suivi quelques minutes plus tard. Lorsqu'ils marchaient en direction de l'arrêt d'autobus, l'accusé a immobilisé la compagne de chambre contre un mur et lui a dit qu'il ne pourrait jamais l'aimer, qu'il pourrait seulement lui faire du mal.

Pour sa défense, l'accusé a reconnu qu'il n'y avait aucune erreur d'identité et a fait valoir que la plaignante avait donné son consentement ou, subsidiairement, qu'il croyait qu'elle l'avait donné. Il n'a pas témoigné ni n'a cité de témoins. Le moyen subsidiaire de l'accusé reposait sur certaines contradictions qu'aurait présentées le témoignage de la plaignante.

Après avoir entendu toute la preuve, le juge du procès a dit au jury que, pour pouvoir déclarer l'accusé coupable de l'infraction d'agression sexuelle, il fallait conclure que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé s'était livré intentionnellement à des attouchements de caractère sexuel sans le consentement de la plaignante. Le jury a déclaré l'accusé coupable de l'infraction imputée, mais la Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par l'accusé et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La cour a conclu que le juge du procès avait omis de donner au jury des directives sur un élément essentiel de l'infraction—que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non—et elle a estimé qu'elle ne pouvait pas appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* dans un cas semblable. Le pourvoi vise à déterminer (1) si un juge qui instruit en première instance une affaire d'agression sexuelle doit toujours dire au jury qu'il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable soit que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas, soit qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non; et (2) si l'admission du témoignage de la compagne de chambre selon lequel l'accusé lui avait fait des avances sexuelles constituait une violation de la règle d'exclusion relative à la preuve de «faits similaires».

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

(1) *L'exposé du juge du procès*

Il doit y avoir des éléments de preuve qui donnent une apparence de vraisemblance à la prétention de l'accusé

ant was consenting before the issue goes to the jury. In cases where there is nothing in the Crown's case to indicate that the accused honestly believed in the complainant's consent, the accused bears an evidentiary burden to introduce sufficient evidence if he wishes the issue to reach the jury. Where there is sufficient evidence, adduced by either the Crown or the defence, to put the issue before the jury, the Crown then bears the burden of persuading the jury beyond a reasonable doubt that the accused knew the complainant was not consenting or was reckless as to whether she was consenting or not.

Section 244(4) of the *Code* is a legislative affirmation of the law previously enunciated as to the sufficiency of evidence required to raise the defence of mistaken belief in consent. It makes it clear that the trial judge should not in every case instruct the jury to consider whether the accused had an honest, though mistaken, belief in consent. The trial judge should only give such an instruction when certain threshold requirements have been met: first, s. 244(4) requires the accused to allege an honest belief in consent; and second, the trial judge should only put the issue of honest belief to the jury if he is satisfied "that there is sufficient evidence and that if believed by the jury the evidence would constitute a defence". The section is not intended to impose the burden of proof of such defence on the accused but merely to affirm the preconditions that must be met before the trial judge is required to put the issue to the jury. Also, s. 244(4) still contemplates that an honest but unreasonable belief in consent will constitute a defence. Nevertheless, it directs the jury to consider the presence or absence of reasonable grounds as an important evidentiary factor in determining whether the accused had an honest belief in consent.

Applying the statutory test to the evidence in this case, the trial judge was right to charge the jury without reference to the defence of mistake of fact. There was not a sufficient factual basis in this case for the accused's allegation that he believed the complainant consented.

(2) *The Similar Fact Evidence*

Evidence of the accused's discreditable conduct on past occasions that tended to show his bad disposition is inadmissible unless it is so probative of an issue in the case as to outweigh the prejudice caused. The similar

qu'il croyait que la plaignante consentait avant de soumettre la question au jury. Dans les cas où le ministère public n'apporte aucun élément de preuve indiquant que l'accusé croyait sincèrement au consentement de la plaignante, une charge de présentation d'une preuve suffisante incombe à l'accusé s'il veut que le jury soit saisi de la question. Lorsqu'il y a une preuve suffisante, produite par le ministère public ou par la défense, pour que la question soit soumise au jury, il incombe alors au ministère public la charge de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non.

Le paragraphe 244(4) du *Code* constitue une expression législative des principes de droit déjà posés relativement au caractère suffisant de la preuve requise pour que puisse être soulevé le moyen de défense de croyance erronée au consentement. Il en ressort clairement que le juge du procès n'est pas obligé dans chaque cas de demander au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement. Le juge du procès ne doit donner une telle directive que dans la mesure où l'on satisfait à certaines exigences préliminaires: premièrement, le par. 244(4) exige que l'accusé allègue une croyance sincère au consentement et, deuxièmement, le juge du procès ne doit présenter au jury la question de la sincérité de cette croyance que s'il est convaincu «qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury». Cette disposition n'est pas destinée à imposer à l'accusé la charge de la preuve relativement à ce moyen de défense; elle énonce simplement les conditions à remplir pour que le juge du procès soit tenu de soumettre la question au jury. De plus, le par. 244(4) permet toujours qu'une croyance sincère mais déraisonnable au consentement constitue un moyen de défense. Il oblige néanmoins le jury à considérer la présence ou l'absence de motifs raisonnables comme un élément de preuve important à retenir en déterminant si l'accusé croyait sincèrement qu'il y avait eu consentement.

Si l'on applique à la preuve produite en l'espèce le critère établi par la loi, le juge du procès a eu raison de donner ses directives au jury sans mentionner le moyen de défense d'erreur de fait. Les faits dans la présente instance ne suffisent pas pour fonder l'allégation de l'accusé qu'il croyait que la plaignante avait consenti.

(2) *La preuve de faits similaires*

La preuve de toute conduite indigne antérieure de l'accusé tendant à démontrer ses mauvaises tendances est inadmissible, à moins qu'elle ne soit à ce point probante relativement à une question en litige qu'elle

fact evidence exclusionary rule can extend to acts other than criminal acts. In the present case, the admission of the roommate's evidence that the accused had made a sexual proposition to her did not violate the "similar fact" evidence exclusionary rule. The probative value of the evidence outweighed its prejudicial value. The bulk of the roommate's testimony was highly relevant to the case. It provided, among other things, the background for the circumstances in which the assault occurred. It was also arguable that it had some relevance to the question of motive and intent. The evidence was thus of some probative value. While there was some element in the accused's conduct with the roommate which could be characterized as discreditable, the prejudice caused to the accused by the roommate's evidence was minimal because, when the roommate indicated that she was not interested in sleeping with him, the accused did not force himself upon her but desisted. In any event, even if the evidence should not have been admitted, the conviction should stand by virtue of the proviso of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*. Given the persuasive nature of the evidence, the jury's verdict would necessarily have been the same even if the alleged error of law had not occurred.

Cases Cited

Considered: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; **referred to:** *Woolmington v. D.P.P.*, [1935] A.C. 462; *Mancini v. D.P.P.*, [1942] A.C. 1; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 128; *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359; *R. v. Barrington*, [1981] 1 All E.R. 1132; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 244 [rep. & subs. 1974-75-76, c. 93, s. 21; rep. & subs. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 246.1(1)(a) [en. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 613(1)(b)(iii).

Authors Cited

Boyle, Christine. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.
 Cross, Sir Rupert and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 6th ed. London: Butterworths, 1985.

l'emporte sur le préjudice causé. La règle d'exclusion relative à la preuve de faits similaires peut s'appliquer à des actes autres que ceux de caractère criminel. En l'espèce, l'admission du témoignage de la compagne de chambre selon lequel l'accusé lui avait fait des avances sexuelles ne constitue pas une violation de la règle d'exclusion relative à la preuve de «faits similaires». La valeur probante de cette preuve est plus grande que son effet préjudiciable. La majeure partie du témoignage de la compagne de chambre revêt une grande pertinence en l'espèce. Il fournit notamment le contexte dans lequel l'agression a eu lieu. De plus, on pourrait prétendre que cette preuve se rapporte dans une certaine mesure à la question du mobile et de l'intention. Il s'agit donc d'une preuve qui a une certaine valeur probante. Quoique sous certains aspects la conduite de l'accusé envers la compagne de chambre puisse être qualifiée d'indigne, le préjudice causé à l'accusé par le témoignage de la compagne de chambre est minime parce que, quand elle lui a fait savoir qu'elle ne voulait pas coucher avec lui, l'accusé ne l'a pas contrainte et n'a pas insisté. En tout état de cause, même si la preuve n'aurait pas dû être admise, la déclaration de culpabilité devrait être maintenue en vertu de la disposition réparatrice du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*. Étant donné le caractère convaincant de la preuve produite, le verdict du jury aurait nécessairement été le même, même si l'erreur de droit reprochée n'avait pas été commise.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; **arrêts mentionnés:** *Woolmington v. D.P.P.*, [1935] A.C. 462; *Mancini v. D.P.P.*, [1942] A.C. 1; *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. v. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 128; *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359; *R. v. Barrington*, [1981] 1 All E.R. 1132; *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 244 [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 21; abr. & rempl. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19], 246.1(1)(a) [aj. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19], 613(1)(b)(iii).

Doctrine citée

Boyle, Christine. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.
 Cross, Sir Rupert and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 6th ed. London: Butterworths, 1985.

Hoffmann, L. H. "Similar Facts After *Boardman*" (1975), 91 *L.Q.R.* 193.

Parker, Graham. "The "New" Sexual Offences" (1983), 31 C.R. (3d) 317.

Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered March 3, 1986, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault and ordering a new trial. Appeal allowed.

James K. Stewart and Sarah Welch, for the appellant.

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

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The accused was charged with the offence of sexual assault under s. 246.1(1)(a) of the *Criminal Code*. The main issue is whether a trial judge in a sexual assault case must always instruct the jury that the Crown has to satisfy them beyond a reasonable doubt that the accused knew the complainant was not consenting or was reckless as to whether she consented or not.

1. The Facts

The complainant was nineteen years old and had completed her high school education in a small Ontario town. Some three months before the incident she had moved to Toronto. She was living with a girlfriend, Eileen, also nineteen years old, in a flat in a house. The complainant usually worked a day shift from 10:00 a.m. to 5:00 p.m. as a waitress in a restaurant. The roommate worked the night shift from 11:00 p.m. to 7:00 a.m. at a nearby convenience store.

In late November, 1983, the roommate met the accused, whose first name is Jim, when she served him as a customer at the convenience store. On a

Hoffmann, L. H. «Similar Facts After *Boardman*» (1975), 91 *L.Q.R.* 193.

Parker, Graham. «The «New» Sexual Offences» (1983), 31 C.R. (3d) 317.

Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 3 mars 1986, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre le verdict de culpabilité prononcé contre lui relativement à une accusation d'agression sexuelle et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

James K. Stewart et Sarah Welch, pour l'appelante.

Morris Manning, c.r., et *Paul B. Schabas*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—L'accusé a été inculpé de l'infraction d'agression sexuelle prévue par l'al. 246.1(1)a) du *Code criminel*. La question principale est de savoir si un juge du procès dans une affaire d'agression sexuelle doit toujours dire au jury qu'il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non.

1. Les faits

La plaignante avait dix-neuf ans et venait de terminer ses études secondaires dans une petite ville de l'Ontario. Environ trois mois avant l'incident en cause elle avait déménagé à Toronto. Elle y habitait avec une amie, Eileen, également âgée de 19 ans, dans un appartement aménagé dans une maison privée. La plaignante était serveuse dans un restaurant et travaillait habituellement de 10 h à 17 h. Sa compagne de chambre travaillait de 23 h à 7 h dans une épicerie de dépannage du quartier.

Vers la fin de novembre 1983, la compagne de chambre a fait la connaissance de l'accusé, qui se prénomme Jim, quand elle l'a servi à l'épicerie de

subsequent night the accused spent six hours at the convenience store conversing with the roommate. During their conversation the roommate spoke about the complainant and mentioned that they rarely saw each other because of their different work shifts.

On December 3, 1983, a man who gave his name as Jim telephoned the apartment where the two young women lived. (At the time of his arrest on December 8, 1983, the accused had a book with the phone number written in it.) The complainant answered the phone. The man asked for the roommate but was told that she was at work. The caller asked if he could come over anyway. The complainant did not know the telephone caller and said no. She told the caller that her boyfriend Doug was coming over shortly. The man said, "If I can't have you, I'll go and get Eileen."

On a subsequent occasion the accused, uninvited, met the roommate as she was warming up her car after getting off work in the morning. He indicated that he wanted to talk. After some discussion they decided to go back to the roommate's apartment. The complainant was not at home. In the living-room the accused saw pictures of the complainant and indicated that he would be interested in meeting her. The accused and the roommate had a lengthy conversation. The accused asked the roommate if he could sleep with her. She refused. He briefly put his arms around her. She asked him repeatedly to leave. He refused. She left the apartment and went out onto the front porch. After a few minutes he came out. The accused decided to take the bus home. The roommate was walking with the accused towards the bus stop when he pinned her up against a wall and stated that he could never love her, he could only hurt her. He told her to take him home by car which she did.

On December 6, 1983, the accused telephoned the roommate Eileen at the apartment. She told the accused that both she and the complainant were going to work that night. The roommate left for work at 10:30 p.m. The complainant worked

dépannage. Une autre nuit l'accusé a passé six heures au magasin à bavarder avec la compagne de chambre. Au cours de leur conversation, cette dernière a parlé de la plaignante et a mentionné qu'elles se voyaient rarement à cause de leurs heures de travail différentes.

Le 3 décembre 1983, un homme, qui disait s'appeler Jim, a téléphoné à l'appartement où demeuraient les deux jeunes femmes. (Au moment de son arrestation le 8 décembre 1983, l'accusé avait un carnet sur lequel était inscrit le numéro de téléphone.) C'est la plaignante qui a répondu. L'homme a demandé la compagne de chambre, mais s'est fait dire qu'elle était au travail. Il a ensuite demandé s'il pouvait tout de même aller faire un tour chez elles. Comme la plaignante ne connaissait pas son interlocuteur, elle a dit non, que son ami Doug devait arriver sous peu. L'homme a répondu: [TRADUCTION] «Si je ne peux pas t'avoir, j'irai chercher Eileen.»

À une autre occasion, l'accusé, sans avoir été invité, a rencontré la compagne de chambre alors qu'elle faisait chauffer sa voiture le matin au sortir du travail. Il a manifesté le désir de lui parler. Après discussion, ils ont décidé de se rendre à l'appartement des deux jeunes femmes. La plaignante n'était pas là. Au salon, l'accusé a remarqué des photos de la plaignante et s'est dit désireux de faire sa connaissance. L'accusé et la compagne de chambre ont eu une longue conversation. L'accusé lui a demandé s'il pouvait coucher avec elle. Elle a refusé. Il l'a rapidement enlacée. Elle lui a demandé à plusieurs reprises de partir. Il a refusé. Elle a quitté l'appartement et est allée sur le perron. Au bout de quelques minutes, l'accusé est sorti, ayant décidé de rentrer chez lui en autobus. La compagne de chambre marchait avec l'accusé vers l'arrêt d'autobus quand celui-ci l'a immobilisée contre un mur et lui a dit qu'il ne pourrait jamais l'aimer, qu'il pourrait seulement lui faire du mal. Puis il lui a intimé l'ordre de le conduire chez lui en voiture, ce qu'elle a fait.

Le 6 décembre 1983, l'accusé a téléphoné à la compagne de chambre Eileen, à l'appartement. Elle lui a dit que la plaignante et elle-même travaillaient toutes les deux cette nuit-là. La compagne de chambre est partie travailler à 22 h 30. La

from 5:00 p.m. until 12:00 p.m. This was not her usual shift. The complainant returned home from work at 12:30 a.m. and went to sleep in her bedroom.

The complainant testified that at about 4:30 a.m. she was awakened by knocking at the apartment door. She was not expecting anybody. She got up. She was wearing a blue night-gown and underpants. She went to the front door. This door, which opened into the living-room, was locked.

The complainant asked who was there and the accused replied that it was Bruce. He said that he was a friend of Eileen's and that he had something for her from Eileen. (Eileen had not seen the accused that night, nor had she sent him over.) The complainant asked repeatedly what he had but he would not say. He said the complainant should let him in and he would give it to her. The complainant tried three or four times to telephone Eileen at work to find out if she had sent somebody over. The line was always busy. (Eileen was involved in a lengthy conversation with her boyfriend.) The complainant thought her roommate could be playing a joke on her although she had never done anything like that before. She unlocked and opened the door. The accused entered the living-room. The complainant had never seen him before. He appeared to have been drinking. She asked the accused who he was and what he had for her but got no response. She asked "Who are you, Bruce?" The accused replied "Bruce, the bad guy." The accused did not interfere when the complainant attempted, again unsuccessfully, to telephone her roommate. The accused used the telephone himself. While the complainant could not recall the substance of the accused's telephone conversation she had the impression he was talking to his brother. He said something about meeting his lawyer the next morning. At the end he said "Tell your wife I love her."

The complainant went to the door and told the accused to leave. Instead of making any move to

plaignante travaillait de 17 h à minuit, ce qui n'était pas son poste habituel. Elle est rentrée chez elle à minuit et demi et est allée se coucher dans sa chambre.

^a Selon le témoignage de la plaignante, elle a été réveillée vers 4 h 30 par quelqu'un qui frappait à la porte de l'appartement. Elle n'attendait personne. Elle s'est levée. Vêtue d'une chemise de nuit bleue et d'une culotte, elle est allée à la porte. La porte, qui s'ouvrait dans la salle de séjour, était fermée à clé.

La plaignante a demandé qui était là et l'accusé a répondu que c'était Bruce. Il a dit qu'il était un ami d'Eileen et qu'il avait quelque chose à remettre à la plaignante de la part d'Eileen. (Or, Eileen n'avait pas vu l'accusé cette nuit-là ni ne l'avait envoyé à l'appartement.) La plaignante lui a demandé plusieurs fois ce qu'il avait à lui donner, mais il n'a pas voulu préciser. Il a dit que la plaignante devait le laisser entrer et qu'il le lui remettrait à ce moment-là. La plaignante a essayé à trois ou quatre reprises de téléphoner à Eileen au travail pour savoir si elle avait envoyé quelqu'un. La ligne était toujours occupée. (Eileen était en longue conversation avec son ami.) La plaignante a cru que sa compagne de chambre lui jouait peut-être un tour, bien qu'elle ne lui eût jamais fait rien de semblable auparavant. Elle a ouvert la porte et l'accusé est entré dans le salon. C'était la première fois que la plaignante le voyait. Il paraissait avoir bu. Elle lui a demandé qui il était et ce qu'il avait pour elle, mais il n'a pas répondu. Elle a demandé: [TRADUCTION] «Qui es-tu, Bruce?» L'accusé a répondu: [TRADUCTION] «Bruce le méchant.» L'accusé n'est pas intervenu quand la plaignante a tenté, encore une fois sans succès, de rejoindre sa compagne de chambre au téléphone. L'accusé s'est lui-même servi du téléphone. Quoique la plaignante n'ait pas pu se rappeler la substance de la conversation téléphonique de l'accusé, elle avait l'impression qu'il parlait avec son frère. L'accusé a mentionné un rendez-vous avec son avocat le lendemain matin. À la fin de la conversation il a dit: [TRADUCTION] «Dis à ta femme que je l'aime.»

^j La plaignante s'est dirigée jusqu'à la porte et a dit à l'accusé de partir. Au lieu de s'en aller, il lui

leave he asked if he could sleep with her. At this point the complainant became afraid. She told the accused that if he did not leave she was going to scream whereupon the accused put one hand over her mouth and with the other hand took hold of her hair and pulled her away from the door. He put her on her back on the floor and lay down on top of her. The complainant tried to push the accused off. He told her the more she fought the harder it was going to be for Eileen to find her, that she would never look the same again. The complainant was terrified and lay still.

The accused sat on the victim's chest with his knees spread across her arms so that she could not move. She begged him not to go on with what he was doing and to leave her alone. The accused reached behind himself and pushed the complainant's underpants down, ripping them in the process. He put his finger into her vagina. The complainant was crying. She felt helpless. In cross-examination she testified that perhaps she should have struggled harder but she was frightened, shaking and confused. She was afraid that if she struggled the accused would hurt her.

The accused lay down on the victim and tried to kiss her. She attempted to turn away but he held the back of her head by the hair so that she could not move. She tried to bite his lips. The accused tore her night-dress and pushed it off her. He then began to take his clothes off. The complainant pleaded with him not to do it. The complainant was going to scream. The accused stuffed a piece of clothing in her mouth to stifle the scream. The accused struck her with his hand across the eyebrow. He told her that if she tried to scream, he was going to see to it that she never talked again. She lay motionless while the accused finished undressing himself.

The accused straddled the victim's chest and put his penis in her mouth. His penis was not in her mouth very long and he did not ejaculate. He lay down on top of her again. The complainant had crossed her legs. The accused shoved his knee between her legs forcing them apart. He put his penis into her vagina. The complainant could not be sure whether the accused ejaculated during intercourse or not (subsequent forensic testing

a demandé à coucher avec lui. À ce moment-là elle a eu peur. Elle a dit à l'accusé que s'il ne partait pas elle allait crier, sur quoi l'accusé lui a mis une main sur la bouche et de l'autre main il l'a prise aux cheveux et l'a écartée de la porte. Il l'a étendue par terre sur le dos et s'est allongé sur elle. La plaignante a essayé de repousser l'accusé. Il lui a dit que plus elle se débattait plus Eileen aurait de la difficulté à la trouver, qu'elle n'aurait plus la même apparence. Terrorisée, la plaignante se tint tranquille.

L'accusé s'est assis sur la poitrine de la victime, les genoux écartés sur ses bras de manière à l'immobiliser. Elle l'a supplié d'arrêter et de la laisser en paix. L'accusé a étendu le bras derrière lui et a baissé la culotte de la plaignante, la déchirant en même temps. Puis il a introduit son doigt dans son vagin. La plaignante pleurait. Elle se sentait impuissante. Au cours de son contre-interrogatoire, elle a témoigné qu'elle aurait peut-être dû lutter davantage, mais qu'elle avait peur, qu'elle tremblait et qu'elle était en désarroi. Elle craignait que, si elle résistait, l'accusé ne la blesse.

L'accusé s'est allongé sur la victime et a essayé de l'embrasser. Elle a tenté de se détourner, mais il tenait le derrière de sa tête par les cheveux de sorte qu'elle ne pouvait pas bouger. Elle a essayé de lui mordre les lèvres. L'accusé a déchiré sa chemise de nuit et la lui a enlevée. Il a commencé ensuite à se déshabiller lui-même. La plaignante l'a prié de ne pas le faire. Comme la plaignante allait crier, l'accusé lui a fourré un vêtement dans la bouche afin d'étouffer le cri. L'accusé l'a frappée sur le sourcil. Il lui a dit que si elle essayait de crier, il verrait à ce qu'elle ne parle plus jamais. Elle est restée immobile pendant que l'accusé achevait de se dévêtir.

L'accusé s'est mis à cheval sur la poitrine de la victime et a introduit son pénis dans sa bouche. Il ne l'y a pas gardé très longtemps et il n'a pas éjaculé. Il s'est allongé sur elle de nouveau. La plaignante s'était croisée les jambes. Se servant de son genou, l'accusé a écarté de force les jambes de la plaignante. Puis il a introduit son pénis dans son vagin. La plaignante n'était pas certaine que l'accusé avait éjaculé pendant les rapports sexuels (des

uncovered no semen or sperm in swabs taken from the victim). The accused stopped after a while and got dressed. As he was getting dressed, he turned to the complainant and said "You're just like her. You're just like all the rest." The complainant asked him what he meant by that. He said "You're my sixth." He brought the complainant with him to the kitchen. He had a glass of water and drank from a coke bottle.

The complainant told the accused that her roommate would be home soon. The accused told the complainant to phone the roommate at work and ask what time she was coming home from work. The accused was standing behind the complainant with his hand on her neck during the phone call. The complainant asked her roommate when she would be home. The roommate said she would be home at the usual time. The roommate testified that the complainant sounded anxious.

The accused persisted in asking the complainant if he could return the next night and she finally agreed in order to get him out of the apartment. The accused asked where Eileen or Doug would be if he came. The reference to Doug, whom the complainant had not referred to at any time during the incident, made the complainant remember the call of December 3, 1983 from the man who had identified himself as Jim. She asked the accused if he was Jim but he said nothing. The accused left at 5:15 or 5:30 a.m. After dressing the complainant telephoned her roommate once again. The roommate testified that the complainant sounded frightened.

The complainant went to her room and curled up on her bed. When the roommate got home at 6:45 a.m. she found the complainant terribly upset. She noticed a bruise on the complainant's eye. When the police constable arrived at 8:16 a.m. he also noted that the complainant seemed upset and a little incoherent. The complainant gave the policeman her torn nightgown and underwear. She

tests pratiqués par la suite sur des prélèvements provenant de la victime n'ont révélé aucune présence de sperme). Après un certain temps, l'accusé a arrêté et s'est rhabillé. En ce faisant, il s'est tourné vers la plaignante et a dit: [TRADUCTION] «T'es exactement comme elle. T'es comme toutes les autres.» La plaignante lui a demandé ce qu'il voulait dire par là. Il a répondu: [TRADUCTION] «T'es ma sixième.» Il a emmené la plaignante avec lui dans la cuisine. Il a pris un verre d'eau et a bu du coke à la bouteille.

La plaignante a dit à l'accusé que sa compagne de chambre reviendrait bientôt. L'accusé lui a ordonné de téléphoner à la compagne de chambre au travail et de lui demander à quelle heure elle serait de retour. Pendant qu'elle faisait l'appel téléphonique, l'accusé se tenait derrière la plaignante, la main sur son cou. La plaignante a demandé à sa compagne de chambre à quelle heure elle rentrait. La compagne de chambre a dit qu'elle serait là à l'heure habituelle. Selon le témoignage de la compagne de chambre, la plaignante avait l'air inquiète.

L'accusé a persisté à demander à la plaignante s'il pouvait revenir la nuit prochaine, ce à quoi elle a finalement consenti pour qu'il parte. L'accusé a demandé où se trouveraient Doug ou Eileen s'il venait. La mention de Doug, dont la plaignante n'avait pas parlé au cours de l'incident, lui a remis en mémoire l'appel qu'elle avait reçu le 3 décembre 1983 d'un homme qui disait s'appeler Jim. Elle a demandé à l'accusé s'il se nommait Jim, mais il n'a rien répondu. L'accusé est parti vers 5 h 15 ou 5 h 30. Après s'être habillée, la plaignante a téléphoné de nouveau à sa compagne de chambre. Celle-ci a témoigné que la plaignante lui paraissait effrayée.

La plaignante est allée dans sa chambre et s'est blottie sur son lit. Quand sa compagne de chambre est arrivée à 6 h 45, elle a constaté que la plaignante était toute bouleversée. Elle a remarqué une meurtrissure au-dessus de l'œil de la plaignante. Quand l'agent de police est arrivé sur les lieux à 8 h 16, il s'est aperçu lui aussi que la plaignante semblait agitée et qu'elle s'exprimait d'une façon un peu incohérente. La plaignante a remis au policier sa chemise de nuit et sa culotte

showed him the coke bottle, glass and telephone (for the purpose of fingerprinting).

Doctor Lloyd Gordon examined the complainant at the emergency department of the Wellesley Hospital on December 7, 1983 at 11:15 a.m. He found a red mark over her left eyebrow. It was a mild abrasion such as might be caused by a moderate slap. The complainant also spoke of tenderness in the tailbone. Doctor Gordon noted, upon a vaginal examination of the complainant, that her cervix was slightly red. This was consistent with forced sexual intercourse. In cross-examination he testified that it was also consistent with energetic sexual intercourse.

2. The Trial

At trial the accused conceded identity. However, he argued that the complainant had consented or, in the alternative, that he believed she had consented. The accused did not testify nor did he call any witnesses.

The basis of the accused's argument that the complainant had consented or that he thought she had consented was alleged inconsistencies in the complainant's testimony. He identified as an inconsistency the complainant's testimony at the preliminary hearing that the accused had held her hair during the entire incident. At trial, on the other hand, she admitted that he had reduced his hold on her hair at various points. Defence counsel contended that there were three variations as to how the apartment door was closed, i.e., whether the accused sort of kicked it shut, whether he tapped it closed or whether it closed by itself. The complainant did not mention the accused's comments that she was like all the rest and that she was his sixth to the police or at the preliminary hearing. She recalled the comment some six months later. Defence counsel also pointed to the fact that the complainant did not scream, that there was a lack of injury to the genital area except for the redness of the cervix (which could be explained by a number of things) and the lack

déchirées. Elle lui a montré la bouteille à coke, le verre et le téléphone (pour qu'il puisse relever les empreintes digitales).

a Le docteur Lloyd Gordon a examiné la plaignante au service des urgences de l'hôpital Wellesley le 7 décembre 1983 à 11 h 15. Il a découvert une tache rouge au-dessus de son sourcil gauche. Il s'agissait d'une abrasion mineure du genre que b pourrait occasionner une gifle moyennement violente. La plaignante a parlé en outre de sensibilité dans la région du coccyx. Un examen vaginal de la plaignante a permis au Dr Gordon de constater une légère rougeur du col de l'utérus. Cela pouvait c s'expliquer par des rapports sexuels forcés. Au cours de son contre-interrogatoire, il a témoigné que cela pouvait aussi s'expliquer par des rapports sexuels énergiques.

d 2. Le procès

Au procès, l'accusé a reconnu qu'il n'y avait aucune erreur d'identité. Il a toutefois fait valoir que la plaignante avait donné son consentement e ou, subsidiairement, qu'il croyait qu'elle l'avait donné. L'accusé n'a pas témoigné ni n'a cité de témoins.

f L'argument de l'accusé que la plaignante avait consenti ou qu'il croyait qu'elle l'avait fait, reposait sur certaines contradictions qu'aurait présentées le témoignage de la plaignante. Une contradiction relevée a été le fait qu'à l'enquête g préliminaire la plaignante a témoigné que l'accusé l'avait tenue par les cheveux pendant toute la durée de l'incident. Au procès, par contre, elle a reconnu qu'il y avait des moments où il a relâché sa prise sur ses cheveux. L'avocat de la défense a h soutenu qu'il y avait trois versions de la manière dont la porte de l'appartement a été fermée, de sorte qu'on ignore si l'accusé l'a fermée d'un coup de pied, s'il l'a poussée, ou si elle s'est fermée d'elle-même. La plaignante n'a pas mentionné à la i police les observations de l'accusé qu'elle était comme toutes les autres et qu'elle était sa sixième et elle n'en a pas parlé non plus à l'enquête préliminaire. C'est environ six mois plus tard qu'elle j s'en est souvenue. L'avocat de la défense a souligné en outre que la plaignante n'avait pas crié, que, mise à part la rougeur du col de l'utérus (ce qui

of apparent injuries to the complainant other than an abrasion above the left eyebrow and a sore tailbone.

After hearing all the evidence the trial judge instructed the jury that before the accused could be found guilty of the offence of sexual assault they must conclude that the Crown had proved beyond a reasonable doubt that the accused engaged in intentional touching of a sexual nature without the consent of the complainant. The jury found the defendant guilty as charged.

3. The Court of Appeal

An appeal to the Ontario Court of Appeal was successful and a new trial was ordered. The Court of Appeal found that the trial judge had failed to instruct the jury on an essential element of the offence, namely that the accused knew that the complainant was not consenting or was reckless as to whether she consented or not. This failure was compounded by the judge's direction to the jury on intent—"the only intent, the only mental element you need consider is the accused's intention to touch the complainant." Although the members of the Court of Appeal indicated that they had little doubt as to what the answer would have been had the proper instruction been given to the jury, they felt that they could not apply the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* where there was a failure to instruct the jury on an essential element of the offence.

4. The Legislation

This accused was charged under the new sexual assault provisions of the *Criminal Code*. Several sections are relevant. The offence is set out in s. 246.1(1)(a) which provides:

246.1 (1) Every one who commits a sexual assault is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years;

pouvait s'expliquer de plusieurs façons), il n'y avait aucune lésion des parties génitales et que la plaignante n'avait subi aucune blessure apparente, si ce n'était l'abrasion au-dessus du sourcil gauche et le coccyx endolori.

Après avoir entendu toute la preuve, le juge du procès a dit au jury que, pour pouvoir déclarer l'accusé coupable de l'infraction d'agression sexuelle, il lui fallait conclure que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé s'était livré intentionnellement à des attouchements de caractère sexuel sans le consentement de la plaignante. Le jury a trouvé l'accusé coupable de l'infraction imputée.

3. La Cour d'appel

La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. Elle a conclu que le juge du procès avait omis de donner au jury des directives sur un élément essentiel de l'infraction, c'est-à-dire que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non. Cette omission a été aggravée par ce que le juge a dit au jury concernant l'intention: [TRADUCTION] «la seule intention, le seul élément moral dont vous avez à tenir compte est l'intention de l'accusé de toucher la plaignante». Bien que les membres de la Cour d'appel aient dit n'avoir que peu de doute quant au verdict qui aurait été rendu si des directives appropriées avaient été données au jury, ils se croyaient dans l'impossibilité d'appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* vu l'omission de donner au jury des directives sur un élément essentiel de l'infraction.

4. Les textes législatifs

L'accusé en l'espèce a été inculpé en vertu des nouvelles dispositions du *Code criminel* en matière d'agression sexuelle. Plusieurs dispositions entrent en jeu. L'infraction en question est énoncée à l'al. 246.1(1)(a), dont voici le texte:

246.1 (1) Quiconque commet une agression sexuelle est coupable

a) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans;

The definition of assault is found in s. 244(1) of the *Code*:

244. (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

This definition applies in respect of s. 246.1(1)(a) by virtue of s. 244(2):

244. ...

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault ...

An element of assault is the absence of the complainant's consent. Section 244(3) provides:

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

Section 244(4), which applies to both assault and sexual assault, provides:

(4) Where an accused alleges that he believed the complainant consented to the conduct that is the subject-matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief.

5. The Issues

(a) Should the trial judge, in every sexual assault case, instruct the jury to consider whether the accused had an honest, though mistaken, belief in consent?

(b) Did the admission of the roommate's evidence that the accused had made a sexual proposition to her violate the "similar fact" evidence exclusionary rule?

La définition de voies de fait se trouve au par. 244(1) du *Code*:

244. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

Suivant le par. 244(2), cette définition s'applique à l'al. 246.1(1)a):

244. ...

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles ...

L'absence du consentement du plaignant constitue un élément des voies de fait. Le paragraphe 244(3) porte:

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

a) de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

Le paragraphe 244(4), qui s'applique et aux voies de fait et à l'agression sexuelle, est ainsi conçu:

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant a consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge doit, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demander à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

5. Les questions en litige

a) Le juge du procès doit-il dans chaque affaire d'agression sexuelle dire au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement?

b) L'admission du témoignage de la compagne de chambre selon lequel l'accusé lui avait fait des avances sexuelles constituait-elle une violation de la règle d'exclusion relative à la preuve de «faits similaires»?

6. When should the trial judge instruct the jury to consider whether the accused had an honest though mistaken belief in consent?

Counsel for the accused argues that the accused's knowledge that the complainant is not consenting is an essential element of the offence. Therefore, the trial judge must in every case tell the jury that the Crown must satisfy them beyond a reasonable doubt that the accused knew that the complainant was not consenting or was reckless as to whether she was consenting or not before they can convict. The accused need not introduce any evidence on this issue. Counsel for the defence submits in addition that s. 244(4) codifies the defence of mistake of fact. Under this defence sufficient evidence must be introduced before the trial judge can instruct the jury to consider whether the accused had an honest but mistaken belief that the complainant was consenting when determining his guilt or innocence. In other words, according to defence counsel, the issue of the accused's alleged honest but mistaken belief may come before the jury in two ways—as an element of the offence or as a defence. It is self-evident that if the accused's counsel is correct, s. 244(4) is rendered redundant. If the issue of honest but mistaken belief is always going to reach the jury as an element of the offence, what does it matter if sometimes it will also reach the jury as a defence? The accused's counsel argues that his position is mandated by previous decisions of this Court.

The previous decisions of this Court, in particular *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, and *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, establish several propositions. First, the *mens rea* for rape includes knowledge that the woman is not consenting or recklessness as to whether she is consenting or not. Dickson J. (as he then was) stated in *Pappajohn, supra*, at pp. 139-40:

The *mens rea* which is required, and its nature and extent, will vary with the particular crime; it can only be

6. Quand le juge du procès doit-il dire au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement?

L'avocat de l'accusé prétend que la connaissance qu'a l'accusé de l'absence de consentement de la plaignante représente un élément essentiel de l'infraction. Partant, dans chaque cas, le juge du procès doit dire au jury qu'il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable soit que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas, soit qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non, à défaut de quoi un verdict de culpabilité ne peut pas être rendu. L'accusé n'est pas obligé de produire des preuves sur cette question. L'avocat de la défense soutient en outre que le par. 244(4) codifie dans la loi le moyen de défense d'erreur de fait. Lorsqu'on invoque ce moyen de défense, il faut présenter une preuve suffisante, sinon le juge du procès ne saurait dire au jury d'examiner, dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence, si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, que la plaignante consentait. En d'autres termes, selon l'avocat de la défense, la question de la croyance sincère mais erronée de l'accusé peut être soumise au jury de deux façons, soit en tant qu'élément de l'infraction, soit en tant que moyen de défense. Il va de soi que, si l'avocat de l'accusé a raison, le par. 244(4) devient superflu. Si la question de la croyance sincère mais erronée doit toujours être présentée au jury à titre d'élément de l'infraction, qu'importe-t-il si parfois cette question lui est également soumise à titre de moyen de défense? L'avocat de l'accusé prétend que son argument est fondé sur certains arrêts de cette Cour.

La jurisprudence antérieure de cette Cour, en particulier les arrêts *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, et *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, établissent plusieurs principes. Tout d'abord, la *mens rea* en matière de viol comporte comme élément la connaissance que la femme ne consent pas ou l'insouciance quant à savoir si elle consent ou non. Le juge Dickson (alors juge puîné) a affirmé dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, aux pp. 139 et 140:

La nature et l'étendue de la *mens rea* varient selon le crime; seule une analyse détaillée de l'*actus reus* de

determined by detailed examination of the *actus reus* of the offence. Speaking generally, at least where the circumstance is not "morally indifferent", the mental element must be proved with respect to all circumstances and consequences that form part of the *actus reus*. It follows that, in a case of alleged rape, where a fact or circumstance is not known to, or is misapprehended by, the accused, leading to a mistaken but honest belief in the consent of the woman, his act is not culpable in relation to that element of the offence:

... for if the *actus reus* includes surrounding circumstances, it cannot be said to be intentional unless *all its elements*, including those circumstances, are known. (Glanville Williams, *Criminal Law, The General Part*, at p. 141). (Emphasis added.)

Taking these principles, then, what is the mental element required under s. 143 of the *Criminal Code* on a charge of rape? This crime was historically regarded as an offence of physical violence. Blackstone defined rape as "the carnal knowledge of a woman forcibly and against her will" (*Commentaries, supra*, at p. 210). A more comprehensive definition of rape at common law is found in Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (38th ed.) (1937), at para. 2871:

Rape consists in having unlawful sexual intercourse with a woman without her consent by force, fear or fraud (citing 1 *East's Pleas of the Crown* 434 and 1 *Hale's Pleas of the Crown* 627).

Section 143 of our *Code*, in brief, defines rape as an act of sexual intercourse with a female person without her consent, or with consent if that consent is extorted by threats or fear of bodily harm. It will be seen that the statutory definition does not depart in any significant way from the common law definition. For all practical purposes, the *Criminal Code* merely codifies the common law. The essence of the crime consists in the commission of an act of sexual intercourse where a woman's consent, or genuine consent, has been withheld.

The *actus reus* of rape is complete upon (a) an act of sexual intercourse; (b) without consent. An affirmative finding as to each of these elements does not finish the inquiry, however, for, as I have indicated, the requirement that there be a guilty intention must also be satisfied. The important question then arises as to whether at common law, and under s. 143 of the *Code*, the guilty intention for rape extends to the element of consent. In principle, it would seem that it should, as intention as to consent is central to responsibility; a man

l'infraction permet de la déterminer. De façon générale, du moins lorsque la situation n'est pas «moralelement indifférente», il faut faire la preuve de l'élément mental à l'égard de toutes les circonstances et conséquences qui font partie de l'*actus reus*. Il en découle que, dans le cas d'une accusation de viol, lorsqu'un fait ou une circonstance est inconnu de l'accusé ou mal perçu par lui, ce qui l'amène à croire erronément mais sincèrement au consentement de la femme, son acte n'est pas coupable à l'égard de cet élément de l'infraction:

[TRADUCTION] ... car si l'*actus reus* comprend toutes les circonstances de l'affaire, il ne peut être qualifié d'intentionnel à moins que *tous ses éléments*, y compris ces circonstances, soient connus. (Glanville Williams, *Criminal Law, The General Part*, à la p. 141). (J'ai mis des mots en italique.)

Partant de ces principes, quel élément mental l'art. 143 du *Code criminel* exige-t-il sur une accusation de viol? Historiquement, on considère ce crime comme une infraction de violence physique. Blackstone a défini le viol comme [TRADUCTION] «l'union charnelle avec une femme par la force et contre sa volonté» (*Commentaries, précité*, à la p. 210). Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (38^e éd.) (1937), au par. 2871, donne une définition plus complète du viol en *common law*:

[TRADUCTION] Le viol consiste à avoir des rapports sexuels illégaux avec une femme sans son consentement par la force, la crainte ou la fraude (citant 1 *East's Pleas of the Crown* 434 et 1 *Hale's Pleas of the Crown* 627).

En bref, l'article 143 de notre *Code* définit le viol comme le fait d'avoir des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin sans son consentement ou avec son consentement si celui-ci est arraché par des menaces ou par la crainte de lésions corporelles. On voit que la définition légale ne diffère pas de façon importante de la définition de *common law*. À toutes fins pratiques, le *Code criminel* ne fait que codifier la *common law*. Le crime consiste essentiellement à avoir des rapports sexuels quand la femme ne donne pas son consentement, ou un consentement véritable.

L'*actus reus* du viol est complet lorsqu'il y a a) des rapports sexuels; b) sans consentement. Conclure à la présence de chacun de ces éléments ne met cependant pas fin à l'enquête, parce que, comme je l'ai dit, il faut aussi qu'il y ait une intention coupable. La question importante qui se pose alors est celle de savoir si, en *common law* et selon l'art. 143 du *Code*, l'intention coupable dans le cas du viol s'étend au consentement. En principe, il semble que ce devrait être le cas, parce que l'intention relative au consentement est essentielle à la

should only be punished where he proceeds with an act of violation in the knowledge that consent is withheld, or in a state of recklessness as to whether willingness is present. The intention to commit the act of intercourse, and to commit that act in the absence of consent, are two separate and distinct elements of the offence.

McIntyre J. confirmed this view in *Sansregret*, *supra*, at p. 581:

I would conclude then that the *mens rea* for rape under s. 143(a) of the *Code* must involve knowledge that the woman is not consenting, or recklessness as to whether she is consenting or not, and for s. 143(b)(i), knowledge that the consent was given because of threats or fear of bodily harm, or recklessness as to its nature. It would follow, as has been held by the majority of this Court in *Pappajohn*, that an honest belief on the part of the accused, even though unreasonably held, that the woman was consenting to intercourse freely and voluntarily and not because of threats, would negate the *mens rea* under s. 143(b)(i) of the *Code* and entitle the accused to an acquittal.

Traditionally the Court has described this *mens rea* requirement as a defence of mistake of fact available to the accused. This is how McIntyre J., speaking for the majority, described it in *Pappajohn*, *supra*. Dickson J. felt that it was clearer and more accurate to describe knowledge of lack of consent as part of the *mens rea*. He stated in *Pappajohn* at p. 148:

Mistake is a defence, then, where it prevents an accused from having the *mens rea* which the law requires for the very crime with which he is charged. Mistake of fact is more accurately seen as a negation of guilty intention than as the affirmation of a positive defence. It avails an accused who acts innocently, pursuant to a flawed perception of the facts, and nonetheless commits the *actus reus* of an offence.

McIntyre J. confirmed this reasoning in *Sansregret*, *supra*, at p. 580:

The defence of mistake of fact has been said to rest on the proposition that the mistaken belief, honestly held, deprives the accused of the requisite *mens rea* for the offence.

responsabilité; un homme ne doit être puni que lorsqu'il commet un viol sachant qu'il n'y a pas consentement, ou sans se soucier de savoir s'il y a consentement. L'intention d'avoir des rapports sexuels et celle de commettre cet acte en l'absence de consentement sont deux éléments séparés et distincts de l'infraction.

Le juge McIntyre a confirmé ce point de vue dans l'arrêt *Sansregret*, précité, à la p. 581:

Je suis d'avis de conclure alors que la *mens rea* requise dans le cas d'un viol, en vertu de l'al. 143a) du *Code*, doit comporter la connaissance du fait que la personne du sexe féminin n'est pas consentante ou l'insouciance quant à savoir si elle est consentante ou non et, dans le cas du sous-al. 143b)(i), la connaissance du fait que le consentement a été donné à cause des menaces ou de la crainte de lésions corporelles, ou l'insouciance quant à la nature de ce consentement. Il s'ensuit, comme cette Cour l'a conclu à la majorité dans l'arrêt *Pappajohn*, que la conviction sincère, même déraisonnable, de la part de l'accusé que la personne du sexe féminin a consenti aux rapports sexuels librement et volontairement et non à cause de menaces a pour effet d'écartier la *mens rea* requise au sous-al. 143b)(i) du *Code* et de permettre à l'accusé de bénéficier d'un acquittement.

Traditionnellement, cette Cour a décrit cette exigence en matière de *mens rea* comme un moyen de défense d'erreur de fait pouvant être invoqué par l'accusé. C'est ainsi que le juge McIntyre, parlant au nom de la majorité, l'a qualifiée dans l'arrêt *Pappajohn*, précité. Le juge Dickson a estimé qu'il était plus clair et plus exact de dire que la connaissance de l'absence de consentement faisait partie intégrante de la *mens rea*. Dans l'arrêt *Pappajohn*, à la p. 148, il a souligné:

L'erreur constitue donc un moyen de défense lorsqu'elle empêche un accusé de former la *mens rea* exigée en droit pour l'infraction même dont on l'accuse. L'erreur de fait est plus justement décrite comme une négation d'intention coupable que comme un moyen de défense positif. Un accusé peut l'invoquer lorsqu'il agit innocemment, par suite d'une perception viciée des faits, et qu'il commet néanmoins l'*actus reus* d'une infraction.

Le juge McIntyre a adopté ce même raisonnement dans l'arrêt *Sansregret*, précité, à la p. 580:

On a affirmé que le moyen de défense d'erreur de fait repose sur le principe que la conviction erronée, mais sincère, enlève à l'accusé la *mens rea* requise pour qu'il y ait infraction.

Although there has been some difference of view on the Court as to whether the accused's knowledge of lack of consent is to be described as an element of the offence or as a defence of mistake of fact, the Court has been unanimous in its agreement on one proposition—there must be evidence that gives an air of reality to the accused's argument that he believed the complainant was consenting before the issue goes to the jury. In addition, I believe that previous case law establishes the proposition that, where there is sufficient evidence for the issue to go to the jury, the Crown bears the burden of persuading the jury beyond a reasonable doubt that the accused knew the complainant was not consenting or was reckless as to whether she was consenting or not. Using the language of Glanville Williams in *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), at pp. 871-910, there are two separate burdens in relation to the issue of honest but mistaken belief—the evidentiary burden and the burden of persuasion. Evidence must be introduced that satisfies the judge that the issue should be put to the jury. This evidence may be introduced by the Crown or by the defence. The accused bears the evidentiary burden only in the limited sense that, if there is nothing in the Crown's case to indicate that the accused honestly believed in the complainant's consent, then the accused will have to introduce evidence if he wishes the issue to reach the jury. Once the issue is put to the jury the Crown bears the risk of not being able to persuade the jury of the accused's guilt.

McIntyre J., discussing the defence of mistake of fact in *Pappajohn*, *supra*, mentioned the evidentiary burden at pp. 126-28:

This, however, does not mean that the trial judge becomes bound to put every defence suggested to him by counsel. Before any obligation arises to put defences, there must be in the evidence some basis upon which the defence can rest and it is only where such an evidentiary basis is present that a trial judge must put a defence. Indeed, where it is not present he should not put a defence for to do so would only be to confuse.

Bien qu'il y ait eu des divergences d'opinions au sein de cette Cour quant à savoir si la connaissance qu'a l'accusé de l'absence de consentement doit être décrite comme un élément de l'infraction ou plutôt comme un moyen de défense d'erreur de fait, la Cour a été unanime sur un point, savoir pour que la question soit soumise au jury, il doit exister des éléments de preuve qui rendent vraisemblable l'argument de l'accusé selon lequel il croyait que la plaignante donnait son consentement. De plus, je crois que la jurisprudence établit que, lorsqu'il y a une preuve suffisante pour que la question soit soumise au jury, il incombe au ministère public de le persuader hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non. Pour reprendre les termes employés par Glanville Williams dans *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), aux pp. 871 à 910, la question de la croyance sincère mais erronée comporte une charge de la preuve en deux parties distinctes: la charge de présentation et la charge de persuasion. Il faut produire des éléments de preuve qui convainquent le juge qu'il y a lieu de soumettre la question au jury. Cette preuve peut être présentée par le ministère public ou par la défense. La charge de présentation n'incombe à l'accusé qu'en ce sens restreint que, si rien dans la preuve produite par le ministère public n'indique que l'accusé croyait sincèrement au consentement de la plaignante, il appartiendra alors à ce dernier de produire la preuve requise s'il veut que le jury soit saisi de la question. Une fois celle-ci soumise au jury, le ministère public court le risque de ne pas être en mesure de convaincre le jury de la culpabilité de l'accusé.

Le juge McIntyre, en traitant dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, du moyen de défense d'erreur de fait, a mentionné la charge de présentation, aux pp. 126 à 128:

Cela ne signifie pas cependant que le juge est obligé de soumettre tous les moyens de défense mis de l'avant par l'avocat. Pour qu'une obligation naisse à cet égard, la preuve doit contenir des éléments qui puissent appuyer le moyen de défense et ce n'est que dans ce cas que le juge doit le soumettre. Qui plus est, si pareils éléments n'existent pas, il ne devrait pas soumettre le moyen de défense, car cela ne pourrait que semer la confusion.

What is the standard which the judge must apply in considering this question? Ordinarily, when there is any evidence of a matter of fact, the proof of which may be relevant to the guilt or innocence of an accused, the trial judge must leave that evidence to the jury so that they may reach their own conclusion upon it. Where, however, the trial judge is asked to put a specific defence to the jury, he is not concerned only with the existence or non-existence of evidence of fact. He must consider, assuming that the evidence relied upon by the accused to support a defence is true, whether that evidence is sufficient to justify the putting of the defence. This question has been considered frequently in the courts: See *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609, and *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220. The test to be applied has, in my opinion, been set down by Fauteux J., as he then was, in *Kelsey v. The Queen*.

The allotment of any substance to an argument or of any value to a grievance resting on the omission of the trial judge from mentioning such argument must be conditioned on the existence in the record of some evidence or matter apt to convey a sense of reality in the argument and in the grievance.

In addition, I would refer to the words of Judson J., speaking for the majority, in *R. v. Workman and Huculak*, [1963] S.C.R. 266 where he said:

I can see no possible ground for any instruction that, on any view of the evidence Huculak could be an accessory after the fact and not a principal. Before this could be done, there must be found in the record some evidence which would convey a sense of reality in the submission (*Kelsey v. The Queen*, 105 C.C.C. 97 at p. 102, [1953] 1 S.C.R. 220 at p. 226, 16 C.R. 119 at p. 125). Failure of counsel to raise the matter does not relieve the trial judge of his duty to place a possible defence before the jury but there must be something beyond fantasy to suggest the existence of the duty.

It seems to me that the trial judge, in the passage above quoted from his ruling on this question, has applied that test. He has heard all the evidence. He heard the argument advanced by counsel. He considered the whole matter with counsel's argument in mind and he concluded, "I do not recognize in the evidence any sufficient basis of fact to leave the defence of mistake of fact to the jury". In my view, he directed himself correctly in law.

In relating the law to the facts of any case, we must keep in mind what it is that the trial judge must look for in the evidence in deciding whether there is, in the words of Fauteux J., "some evidence or matter apt to convey a

Quel critère le juge doit-il utiliser pour trancher cette question? Habituellement, lorsqu'on établit un élément de fait dont la preuve peut être pertinente à la culpabilité ou à l'innocence d'un accusé, le juge doit laisser au jury le soin de tirer sa propre conclusion à cet égard. Cependant, lorsqu'on demande au juge de soumettre au jury un moyen de défense spécifique, il n'a pas à rechercher seulement s'il existe ou non une preuve de fait. Présumant que la preuve sur laquelle l'accusé fonde son moyen de défense est vraie, il doit examiner si elle est suffisante pour justifier l'exposé du moyen au jury. Les tribunaux se sont fréquemment penchés sur cette question: Voir *Wu c. Le Roi*, [1934] R.C.S. 609, et *Kelsey c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 220. Le critère à appliquer, à mon avis, est celui formulé par le juge Fauteux, alors juge puîné, dans l'arrêt *Kelsey c. La Reine*.

[TRADUCTION] Pour accorder quelque substance à un argument ou quelque valeur à un grief qui se fonde sur l'omission du juge du procès de mentionner cet argument, il faut qu'il y ait au dossier une preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l'argument et le grief.

De plus, je renvoie à ce qu'a dit le juge Judson, au nom de la majorité, dans l'arrêt *R. c. Workman et Huculak*, [1963] R.C.S. 266:

Je ne vois aucun motif possible de donner au jury une directive que, de quelque façon qu'on interprète la preuve, Huculak pourrait être un complice après le fait et non l'auteur de l'infraction. Pour pouvoir le faire, on doit trouver au dossier une preuve qui rendrait l'argument vraisemblable (*Kelsey c. La Reine*, 105 C.C.C. 97 à la p. 102, [1953] 1 R.C.S. 220 à la p. 226, 16 C.R. 119 à la p. 125). Si l'avocat omet de soulever cette question, le juge du procès n'en est pas pour autant déchargé de l'obligation de soumettre un moyen de défense possible au jury, mais l'existence de cette obligation doit reposer sur quelque chose de plus que la simple imagination.

J'estime que, dans le passage précité de sa décision sur ce point, le juge du procès a appliqué ce critère. Il a entendu toute la preuve. Il a écouté la plaidoirie de l'avocat. Il a considéré toute la question avec la plaidoirie à l'esprit et a conclu [TRADUCTION] «Je ne trouve pas dans la preuve de base factuelle suffisante pour soumettre à ce jury le moyen de défense d'erreur de fait». À mon avis il a appliqué la bonne règle de droit.

Quand on relie les règles de droit aux faits d'une affaire donnée, il faut garder à l'esprit ce que le juge du procès doit rechercher dans la preuve pour décider s'il y a, comme l'a dit le juge Fauteux, [TRADUCTION] «une

sense of reality in the argument, and in the grievance". In this case, to convey such a sense of reality, there must be some evidence which, if believed, would support the existence of a mistaken but honest belief that the complainant was in fact consenting to the acts of intercourse which admittedly occurred. This requires a more detailed recital of the evidence than would ordinarily be necessary.

Dickson J., speaking of knowledge of lack of consent as an essential element of the offence, also held in *Pappajohn, supra*, that there must be evidence on this issue. He stated at p. 148:

Mistake is a defence, then, where it prevents an accused from having the *mens rea* which the law requires for the very crime with which he is charged. Mistake of fact is more accurately seen as a negation of guilty intention than as the affirmation of a positive defence. It avails an accused who acts innocently, pursuant to a flawed perception of the facts, and nonetheless commits the *actus reus* of an offence. Mistake is a defence though, in the sense that it is raised as an issue by an accused. The Crown is rarely possessed of knowledge of the subjective factors which may have caused an accused to entertain a belief in a fallacious set of facts.

If I am correct that: (i) s. 143 of the *Criminal Code* imports a *mens rea* requirement, and (ii) the *mens rea* of rape includes intention, or recklessness as to non-consent of the complainant, a mistake that negatives intention or recklessness entitles the accused to an acquittal.

And he continues his thought at pp. 149-50:

In any event, it is clear that the defence is available only where there is sufficient evidence presented by an accused, by his testimony or by the circumstances in which the act occurred, to found the plea.

He further stated at p. 158:

If there was "some" evidence to "convey a sense of reality" to a defence of mistake as to consent, then the jury ought to have been instructed to consider that plea. *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220, at p. 226.

There is nothing in *Sansregret, supra*, which modifies or overrules the proposition that there is an evidentiary burden on the accused. In *Sansregret* the accused was tried before a judge without a jury. The line between the evidentiary burden

preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l'argument et le grief». En l'espèce, pour qu'il y ait vraisemblance, il doit y avoir une preuve qui, si on la croit, appuiera l'existence d'une croyance erronée mais sincère que la plaignante consentait en fait aux rapports sexuels qui ont effectivement eu lieu. Ceci exige un exposé de la preuve plus détaillé qu'à l'accoutumée.

Parlant de la connaissance de l'absence de consentement comme élément essentiel de l'infraction, le juge Dickson a lui aussi conclu, dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, que des éléments de preuve doivent avoir été produits relativement à cette question. Il a dit, à la p. 148:

L'erreur constitue donc un moyen de défense lorsqu'elle empêche un accusé de former la *mens rea* exigée en droit pour l'infraction même dont on l'accuse. L'erreur de fait est plus justement décrite comme une négation d'intention coupable que comme un moyen de défense positif. Un accusé peut l'invoquer lorsqu'il agit innocemment, par suite d'une perception viciée des faits, et qu'il commet néanmoins l'*actus reus* d'une infraction. L'erreur constitue cependant un moyen de défense, en ce sens que c'est l'accusé qui le soulève. Le ministère public connaît rarement les facteurs subjectifs qui ont pu amener un accusé à croire à l'existence de faits erronés.

Si j'ai raison de dire que: (i) l'art. 143 du *Code criminel* exige une *mens rea*, et (ii) la *mens rea* du viol inclut l'intention, ou l'insouciance quant au non-consentement de la plaignante, une erreur qui dément l'intention ou l'insouciance donne à l'accusé le droit d'être acquitté.

Dans le même ordre d'idées, il poursuit, à la p. 150:

Quoi qu'il en soit, il est clair que le recours à ce moyen de défense n'est possible que lorsqu'un accusé produit une preuve suffisante à l'appui, par son témoignage ou par les circonstances qui ont entouré l'acte.

Il ajoute, à la p. 158:

S'il y avait une «certaine» preuve «tendant à rendre vraisemblable» un moyen de défense d'erreur quant au consentement, on aurait dû dire au jury d'en tenir compte. *Kelsey c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 220, à la p. 226.

L'arrêt *Sansregret*, précité, ne modifie ni n'écarte en rien la proposition selon laquelle une charge de présentation incombe à l'accusé. Dans cette affaire, l'accusé a subi son procès devant un juge siégeant sans jury. Or, en pareil cas, la ligne

and the burden of persuasion tends to be blurred in such a case. The trial judge found that the complainant consented out of fear and that the accused blinded himself to the obvious and made no inquiry as to the nature of the consent which was given. The *mens rea* for rape involves a knowledge that the woman is consenting because of threats or fear of bodily harm, or recklessness as to its nature. Therefore, McIntyre J. said at p. 587:

In my view, it was error on the part of the trial judge to give effect to the 'mistake of fact' defence in these circumstances where she had found that the complainant consented out of fear and the appellant was wilfully blind to the existing circumstances, seeing only what he wished to see. Where the accused is deliberately ignorant as a result of blinding himself to reality the law presumes knowledge, in this case knowledge of the nature of the consent. There was therefore no room for the operation of this defence.

There is an evidentiary burden on the accused but (and this, in my opinion, is the important point) if there is sufficient evidence to put the issue before the jury, then the Crown has the burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused did not have an honest belief as to consent. The defence of mistake, as Dickson J. pointed out in *Pappajohn*, is simply a denial of *mens rea* which does not involve the accused in a burden of proof. He does, however, have to adduce sufficient evidence to put the defence in issue. Glanville Williams, *supra*, at pp. 909-10, expresses his view that the defence of mistake of fact means that the accused has an evidentiary burden but not a persuasive burden.

These conclusions about the nature of the "honest but mistaken belief" argument are, in my view, consistent with the general tenor of the criminal law. In *Woolmington v. D.P.P.*, [1935] A.C. 462, the House of Lords stated that when a defence to a charge of murder is accident or provocation, the burden of satisfying the jury still rests on the

de démarcation entre la charge de présentation et la charge de persuasion tend à s'estomper. Le juge du procès a conclu que la plaignante avait consenti par crainte et que l'accusé, refusant de se rendre à l'évidence, ne s'est pas interrogé sur la nature du consentement donné. En matière de viol, la *mens rea* comporte comme élément soit la connaissance que la femme consent à cause de menaces ou par crainte de lésions corporelles, soit l'insouciance quant à la nature du consentement. Par conséquent, le juge McIntyre a dit, à la p. 587:

À mon avis, le juge du procès a commis une erreur en faisant droit au moyen de défense d'«erreur de fait» dans ces circonstances qui lui ont fait conclure que la plaignante avait consenti par crainte et que l'appellant s'est volontairement fermé les yeux devant les circonstances en présence, voyant seulement ce qu'il souhaitait voir. Lorsque l'accusé ignore un fait délibérément parce qu'il se ferme lui-même les yeux devant la réalité, le droit présume qu'il y a connaissance, en l'espèce connaissance de la nature du consentement. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer ce moyen de défense.

Il y a une charge de présentation qui incombe à l'accusé mais, (et c'est là, à mon avis, le point fondamental) si la preuve est suffisante pour que la question soit soumise au jury, il incombe alors au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé ne croyait pas sincèrement au consentement. Le moyen de défense d'erreur, comme le juge Dickson l'a souligné dans l'arrêt *Pappajohn*, est une simple négation de la *mens rea* qui ne fait peser sur l'accusé aucune charge de la preuve. Il doit toutefois produire une preuve suffisante pour que ce moyen de défense soit mis de l'avant. Glanville Williams, précité, aux pp. 909 et 910, exprime l'avis que le moyen de défense d'erreur de fait impose à l'accusé une charge de présentation mais non une charge de persuasion.

Selon moi, ces conclusions sur la nature de l'argument fondé sur l'existence d'une «croyance sincère mais erronée» concordent avec la substance générale du droit criminel. Dans l'arrêt *Woolmington v. D.P.P.*, [1935] A.C. 462, la Chambre des lords a affirmé que, dans un cas où l'on oppose à une accusation de meurtre un moyen de défense d'accident ou de provocation, c'est encore la poursuite qui a la charge de convaincre le jury. Les

prosecution. Viscount Sankey L.C. uttered his famous words at p. 481:

Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen, that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject . . . *a* to the defence of insanity and subject also to any statutory exception. If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner, . . . the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained. *b*

In *Mancini v. D.P.P.*, [1942] A.C. 1, the House of Lords further clarified their position. The House of Lords pointed out that the judge need not deal in his charge with the issues of accident or provocation merely because the defences are raised. There must be some evidence of accident or provocation that may be true. Then, and only then, must the judge deal with the issue in his summing-up and then, and only then, must the jury find in favour of the accused unless the Crown satisfies them beyond a reasonable doubt that the defence is untrue. *c*

The clearest recognition by the Supreme Court of Canada of the distinction between an evidentiary and persuasive burden is found in *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19. In that case the Court was dealing with the pleas of self-defence and provocation in the context of a murder charge. The Court quoted *Woolmington, supra*, and *Mancini, supra*, and stated at p. 27:

For, once properly instructed as to what the law recognizes as ingredients of self-defence or of provocation, the accurate question for the jury is not whether *the accused has established* such ingredients but whether *the evidence indicates them*. And they, then, must be directed that, should they find affirmatively or be left in doubt on the question put to them, the accused is entitled, in the case of self-defence to a complete acquittal, or in the case of provocation to an acquittal of the major offence of murder. *d*

propos célèbres du vicomte Sankey se trouvent à la p. 481:

[TRADUCTION] Dans toute la toile du droit criminel anglais se retrouve toujours un certain fil d'or, soit le devoir de la poursuite de prouver la culpabilité du prévenu, sous réserve [. . .] de la défense excipant de l'aliénation mentale et sous réserve, également, de toute exception créée par la loi. Si, à l'issue des débats, la preuve produite, soit par la poursuite, soit par le prévenu, fait naître un doute raisonnable [. . .], la poursuite a échoué et le prévenu a droit à un acquittement. Peu importe la nature de l'accusation ou le lieu du procès, le principe obligeant la poursuite à prouver la culpabilité du prévenu est consacré dans la *common law* d'Angleterre et toute tentative d'y porter atteinte doit être repoussée. *e*

Dans l'arrêt *Mancini v. D.P.P.*, [1942] A.C. 1, la Chambre des lords a davantage clarifié sa position. Elle a souligné que ce n'est pas simplement parce que les moyens de défense d'accident ou de provocation ont été soulevés que le juge est obligé d'en parler dans son exposé au jury. Il doit y avoir des éléments de preuve de l'accident ou de la provocation qui puissent être vrais. Ce n'est qu'alors que le juge est tenu d'aborder ces questions dans son résumé et ce n'est qu'alors que le jury doit rendre un verdict en faveur de l'accusé, à moins que la poursuite ne prouve hors de tout doute raisonnable que le moyen de défense est mal fondé. *f*

La reconnaissance la plus claire par la Cour suprême du Canada de la distinction entre une charge de présentation et une charge de persuasion se dégage de l'arrêt *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19. Dans cette affaire-là, la Cour avait à se pencher sur les plaidoyers de légitime défense et de provocation opposés à une accusation de meurtre. La Cour a cité l'arrêt *Woolmington*, précité, ainsi que l'arrêt *Mancini*, précité, puis a dit, à la p. 27:

[TRADUCTION] En effet, après avoir reçu des directives appropriées sur ce qui, aux yeux de la loi, constitue les éléments de la légitime défense ou de la provocation, le jury ne doit pas se demander si *l'accusé a prouvé l'existence* de ces éléments, mais plutôt si *la preuve indique leur existence*. Il convient ensuite de dire aux jurés que s'ils concluent que c'est le cas ou s'il subsiste un doute dans leur esprit sur cette question, l'accusé a droit à un acquittement complet s'il a invoqué la légitime défense ou à un acquittement de l'infraction grave de meurtre s'il a invoqué la provocation. *g*

The courts then have consistently held that the ultimate burden of proof is on the Crown. The legislature has occasionally provided otherwise. Section 8 of the *Narcotic Control Act*, for example, required the accused to disprove the intent to traffic upon proof of possession. This provision was held to be unconstitutional in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, because it violated the presumption of innocence protected by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

It is against this background that the new sexual assault provisions of the *Criminal Code* should be considered. In my view, the inclusion of s. 244(4) in the *Code* makes it clear that the trial judge should not in every case instruct the jury to consider whether the accused had an honest, though mistaken, belief in consent. The trial judge should only give such an instruction when certain threshold requirements have been met. These requirements are totally consistent with the previous case law. First, s. 244(4) requires the accused to allege an honest belief in consent. Second, the trial judge should only put the issue of honest belief to the jury if he is satisfied "that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence". This is consistent with this Court's view that the trial judge should instruct the jury to consider whether the accused had an honest belief as to consent only where there was evidence to support such a plea. When s. 244(4) states that the trial judge should consider whether the evidence would constitute a defence, the defence referred to is, in my view, the defence of mistake of fact. The section is not intended to impose the burden of proof of such defence on the accused but merely to affirm the pre-conditions that must be met before the trial judge is required to put the issue to the jury.

Courts of Appeal have had the opportunity to consider the issue of honest, though mistaken, belief in the context of the new sexual assault provisions. They have concluded that s. 244(4) is a legislative affirmation of the law previously enun-

Les tribunaux ont systématiquement conclu que la charge ultime de la preuve incombe à la poursuite. Cependant, le législateur a parfois déplacé cette charge. L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, par exemple, exigeait que l'accusé établisse l'absence d'intention de se livrer au trafic une fois la possession prouvée. Cette disposition a été jugée inconstitutionnelle dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, parce qu'elle violait la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

C'est dans ce contexte qu'il faut considérer les nouvelles dispositions du *Code criminel* en matière d'agression sexuelle. À mon avis, l'insertion du par. 244(4) dans le *Code* indique clairement que le juge du procès n'est pas obligé dans chaque cas de demander au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement. Le juge du procès ne doit donner une telle directive que dans la mesure où l'on a satisfait à certaines exigences préliminaires. Ces exigences concordent parfaitement avec la jurisprudence. Premièrement, le par. 244(4) exige que l'accusé allègue une croyance sincère au consentement. Deuxièmement, le juge du procès ne doit présenter au jury la question de la sincérité de cette croyance que s'il est convaincu «qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury». Cela concorde avec l'opinion de cette Cour que le juge du procès doit dire au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement au consentement seulement lorsqu'il existe des éléments de preuve à l'appui d'un tel plaidoyer. Quand le par. 244(4) dit que le juge du procès doit se demander si la preuve en question constituerait un moyen de défense, il s'agit, à mon avis, du moyen de défense d'erreur de fait. Cette disposition n'est pas destinée à imposer à l'accusé la charge de la preuve relativement à ce moyen de défense; elle énonce simplement les conditions à remplir pour que le juge du procès soit obligé de soumettre la question au jury.

Des tribunaux d'appel ont eu la possibilité d'étudier la question de la croyance sincère mais erronée dans le contexte des nouvelles dispositions en matière d'agression sexuelle. Ils ont conclu que le par. 244(4) constitue une reconnaissance législa-

ciated as to the sufficiency of evidence required to raise the defence of mistaken belief in consent. There must be evidence which gives an air of reality to the defence of mistake of fact before the court will consider it: see *R. v. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 128 (B.C.C.A.); *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1 (B.C.C.A.); and *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 (Ont. C.A.) The Ontario Court of Appeal decision in *Moreau* was delivered subsequent to its decision in this case.

Once the trial judge decides to put the issue of honest belief to the jury, s. 244(4) states that, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, the trial judge shall instruct the jury to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief. In my view, this part of s. 244(4) reflects the view expressed by Dickson J. in *Pappajohn, supra*, at p. 156 that:

... the accused's statement that he was mistaken is not likely to be believed unless the mistake is, to the jury, reasonable. The jury will be concerned to consider the reasonableness of any grounds found, or asserted to be available, to support the defence of mistake. Although "reasonable grounds" is not a precondition to the availability of a plea of honest belief in consent, those grounds determine the weight to be given the defence. The reasonableness, or otherwise, of the accused's belief is only evidence for, or against, the view that the belief was actually held and the intent was, therefore, lacking.

In *Textbook of Criminal Law*, at p. 102, Professor Glanville Williams states the view, with which I am in agreement, that it is proper for the trial judge to tell the jury "that if they think the alleged belief was unreasonable, that may be one factor leading them to conclude that it was not really held; but they must look at the facts as a whole". It will be a rare day when the jury is satisfied as to the existence of an unreasonable belief.

It seems to me, therefore, that s. 244(4) still contemplates that an honest but unreasonable belief in consent will constitute a defence. Nevertheless, it directs the jury to consider the presence

tive des principes de droit déjà posés relativement au caractère suffisant de la preuve requise pour que puisse être soulevé le moyen de défense de croyance erronée au consentement. Il faut des éléments de preuve qui prêtent une apparence de vraisemblance au moyen de défense d'erreur de fait pour que le tribunal le considère: voir *R. v. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 128 (C.A.C.-B.), *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1 (C.A.C.-B.), et *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 (C.A. Ont.) L'arrêt *Moreau* de la Cour d'appel de l'Ontario a été rendu après son arrêt dans la présente affaire.

Du moment que le juge du procès décide de soumettre au jury la question de la croyance sincère, le par. 244(4) prévoit qu'il doit lui demander de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci. À mon avis, cette partie du par. 244(4) reflète l'opinion exprimée par le juge Dickson dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, à la p. 156:

... il est peu probable que le jury croie l'accusé qui déclare être dans l'erreur à moins que celle-ci ne soit, aux yeux du jury, fondée sur des motifs raisonnables. Le jury devra examiner le caractère raisonnable de tous les motifs qui appuient le moyen de défense d'erreur ou que l'on affirme tel. Bien que des «motifs raisonnables» ne constituent pas une condition préalable au moyen de défense de croyance sincère au consentement, ils déterminent le poids qui doit lui être accordé. Le caractère raisonnable ou non de la croyance de l'accusé n'est qu'un élément qui appuie ou non l'opinion que la croyance existait en réalité et que, par conséquent, l'intention était absente.

Dans son *Textbook of Criminal Law*, à la p. 102, M. Glanville Williams se dit d'avis, et je suis d'accord avec lui, que le juge du procès peut à bon droit dire au jury [TRADUCTION] «que s'il estime que la croyance alléguée est déraisonnable, ce peut être un facteur qui l'amène à conclure qu'elle n'existait pas vraiment; mais il doit considérer les faits dans leur ensemble». Ce n'est pas demain qu'un jury sera convaincu de l'existence d'une croyance déraisonnable.

Il me semble donc que le par. 244(4) permet toujours qu'une croyance sincère mais déraisonnable au consentement constitue un moyen de défense. Il oblige néanmoins le jury à considérer la

or absence of reasonable grounds as an important evidentiary factor in determining whether the accused had an honest belief in consent. This was the view of s. 244(4) taken by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. White, supra*, and the Ontario Court of Appeal in *R. v. Moreau, supra*. It is also the view taken by the academic commentators: see D. Watt, *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127* (1984), at p. 83; G. Parker, "The "New" Sexual Offences" (1983), 31 C.R. (3d) 317, at pp. 320-21, although some arrived at this conclusion with reluctance: see, for example, C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), at p. 79.

Applying the statutory test to the evidence in this case, I find that there was no error in the trial judge's charge to the jury. The trial judge must be taken to have gone through the exercise mandated by s. 244(4) of considering whether its threshold requirements had been met and, finding they had not, instructed the jury without reference to the defence of mistake of fact. There is not, in my view, a sufficient factual basis in this case for the accused's allegation that he believed the complainant consented. There is no air of reality to it. The accused did not testify. He called no witnesses. The accused and the complainant did not know each other. The complainant suffered physical injury. The complainant did not scream because of threats of violence and because of actual violence. The complainant's version of events has been consistent. The inconsistencies pointed to by the accused are trivial.

7. Did the admission of the roommate's evidence that the accused had made a sexual proposition to her violate the "similar fact" evidence exclusionary rule?

The second issue the accused raises is the admissibility of the evidence of the roommate Eileen to the effect that the accused had made a physical approach towards her and indicated that he wished to sleep with her. He argues that this evidence should have been excluded because of the

présence ou l'absence de motifs raisonnables comme un élément important à retenir en déterminant si l'accusé croyait sincèrement qu'il y avait eu consentement. Telle est l'interprétation du par. 244(4) adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. White, précité*, et par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Moreau, précité*. C'est également le point de vue exprimé dans la doctrine; voir D. Watt, *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127* (1984), à la p. 83; G. Parker, «The «New» Sexual Offences» (1983), 31 C.R. (3d) 317, aux pp. 320 et 321, quoique, dans certains cas, on soit arrivé à cette conclusion à contrecœur: voir, par exemple, C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), à la p. 79.

Appliquant à la preuve produite en l'espèce le critère établi par la loi, je conclus que l'exposé du juge du procès au jury ne renfermait aucune erreur. Il faut présumer que le juge du procès a procédé de la manière prévue par le par. 244(4), qu'il a en conséquence examiné si les exigences préliminaires de cette disposition avaient été remplies et que, ayant conclu par la négative, il a fait son exposé au jury sans mentionner le moyen de défense d'erreur de fait. À mon avis, les faits en l'espèce ne suffisent pas pour fonder l'allégation de l'accusé qu'il croyait que la plaignante avait consenti. Son assertion n'est pas du tout vraisemblable. L'accusé n'a pas témoigné. Il n'a pas non plus cité de témoins. L'accusé et la plaignante ne se connaissaient pas. La plaignante a subi des lésions corporelles. Elle n'a pas crié à cause des menaces et des actes réels de violence. La plaignante n'a pas changé sa version des événements. Les contradictions relevées par l'accusé sont insignifiantes.

7. L'admission du témoignage de la compagne de chambre selon lequel l'accusé lui avait fait des avances sexuelles constituait-elle une violation de la règle d'exclusion relative à la preuve de «faits similaires»?

La seconde question soulevée par l'accusé est celle de l'admissibilité du témoignage de la compagne de chambre, Eileen, témoignage selon lequel l'accusé lui avait fait des avances physiques et lui a exprimé le désir de coucher avec elle. Il fait valoir que cette preuve aurait dû être écartée en raison de

“similar fact” evidence rule. The rule is an exclusionary rule and an exception to the general and fundamental principle that all relevant evidence is admissible. A general statement of the exclusionary rule is that evidence of the accused’s discreditable conduct on past occasions tended to show his bad disposition is inadmissible unless it is so probative of an issue or issues in the case as to outweigh the prejudice caused: see *Cross on Evidence* (6th ed. 1985) at p. 311. A very useful overview of the similar fact evidence rule is contained in *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949, at pp. 952-54:

The question of the admissibility of similar fact evidence has been the subject of much legal writing to be found in the decided cases and textbooks and in the academic articles and commentaries. The general principle stated by Lord Herschell in *Makin v. The Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, at p. 65, has been largely accepted as the basis for the admission of this evidence. He said:

In their Lordships’ opinion the principles which must govern the decision of the case are clear, though the application of them is by no means free from difficulty. It is undoubtedly not competent for the prosecution to adduce evidence tending to shew that the accused has been guilty of criminal acts other than those covered by the indictment, for the purpose of leading to the conclusion that the accused is a person likely from his criminal conduct or character to have committed the offence for which he is being tried. On the other hand, the mere fact that the evidence adduced tends to shew the commission of other crimes does not render it inadmissible if it be relevant to an issue before the jury, and it may be so relevant if it bears upon the question whether the acts alleged to constitute the crime charged in the indictment were designed or accidental, or to rebut a defence which would otherwise be open to the accused. The statement of these general principles is easy, but it is obvious that it may often be very difficult to draw the line and to decide whether a particular piece of evidence is on the one side or the other.

Over the years in seeking to apply this principle judges have tended to create a list of categories or types of cases in which similar fact evidence could be admitted, generally by reference to the purpose for which the

la règle relative à la preuve de «faits similaires». Il s’agit d’une règle d’exclusion qui déroge au principe général et fondamental de l’admissibilité de tous les éléments de preuve pertinents. Cette règle d’exclusion porte en gros que la preuve de toute conduite indigne antérieure de l’accusé produite pour démontrer ses mauvaises tendances est inadmissible, à moins qu’elle ne soit à ce point probante relativement à une question ou à des questions en litige qu’elle l’emporte sur le préjudice causé: voir *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), à la p. 311. On trouve dans l’arrêt *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, aux pp. 952 à 954, un tour d’horizon très pratique de la règle relative à la preuve de faits similaires:

Dans la jurisprudence et la doctrine, dans les articles spécialisés et dans les commentaires, on a beaucoup écrit sur la question de la recevabilité de la preuve d’actes similaires. Le principe général énoncé par lord Herschell dans l’arrêt *Makin v. The Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, à la p. 65, a été largement accepté comme le fondement de la recevabilité de cette preuve. Lord Herschell affirme:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries estiment que les principes qui doivent régir la décision en l’espèce sont clairs, même si leur application est loin d’être facile. Il ne fait pas de doute que la poursuite ne peut, aux fins d’obtenir la conclusion que l’accusé est, compte tenu de sa conduite criminelle ou de sa réputation, le genre de personne susceptible d’avoir commis le crime dont il est inculpé, apporter des preuves qui tendent à démontrer qu’il a déjà été reconnu coupable de crimes autres que ceux visés par l’acte d’accusation. D’autre part, le simple fait que la preuve apportée tend à démontrer la perpétration d’autres crimes, n’entraîne pas pour autant son irrecevabilité si elle porte sur une question dont le jury est saisi, ce qui peut être le cas si elle se rapporte à la question de savoir si les actes qui, à ce qu’on prétend, constituent le crime reproché dans l’acte d’accusation étaient intentionnels ou accidentels; ce peut également être le cas si cette preuve est présentée pour repousser un moyen de défense que l’accusé pourrait autrement invoquer. Il est facile d’énoncer ces principes généraux, mais il est évident qu’il peut souvent être très difficile de tracer la ligne de démarcation et de décider de quel côté se situe un élément de preuve en particulier.

Au cours des années, en cherchant à appliquer ce principe, les juges ont eu tendance à créer une liste de catégories ou de types de cas où la preuve d’actes similaires peut être recevable, en se référant générale-

evidence was adduced. Evidence of similar facts has been adduced to prove intent, to prove a system, to prove a plan, to show malice, to rebut the defence of accident or mistake, to prove identity, to rebut the defence of innocent association, and for other similar and related purposes. This list is not complete.

The general principle enunciated in the *Makin* case by Lord Herschell, should be borne in mind in approaching this problem. The categories, while sometimes useful, remain only as illustrations of the application of that general rule.

All parties agree that the evidence of the roommate Eileen is relevant and therefore admissible unless (a) it falls within the scope of the "similar fact" evidence rule; and (b) it meets the criteria for exclusion contained in that rule.

Does the evidence fall within the scope of the rule? In answering this question, we need to decide whether the accused's conduct was discreditable. The accused's conduct towards Eileen was not criminal. In the passage from *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, Lord Herschell refers only to "criminal acts" and "criminal conduct or character". It appears, however, that discreditable conduct extends beyond criminal acts. This was the view taken by the English Court of Appeal in *R. v. Barrington*, [1981] 1 All E.R. 1132. In that case, the prosecution sought to bolster the evidence of three young complainants of indecency by the accused with evidence from three other girls. The evidence of these girls indicated that the accused had gone through much the same process of recruiting the girls supposedly for babysitting and showing them pornographic magazines and photographs. It was not, however, alleged that any acts of criminal conduct or indecency took place. The court treated this as similar fact evidence. It decided that the evidence could be properly admitted because its features were strikingly similar to the circumstances surrounding the offence charged and because there was no suggestion that its prejudicial effect outweighed its probative value. Given that the similar fact evidence rule can extend to acts other than criminal acts, it falls to consider

ment à l'objet de la preuve. La preuve d'actes similaires a été produite pour prouver l'intention, pour prouver l'existence d'un système ou d'un dessein, pour démontrer la malice, pour repousser la défense d'accident ou d'erreur, pour prouver l'identité, pour repousser la défense de rapports innocents et à d'autres fins semblables et connexes. Cette liste n'est pas exhaustive.

Lorsqu'on aborde ce problème, il convient d'avoir présent à l'esprit le principe général énoncé par lord Herschell dans l'arrêt *Makin*. Les catégories sont parfois utiles, mais il reste qu'elles ne constituent que des illustrations de l'application de cette règle générale.

Les parties conviennent que le témoignage de la compagne de chambre, Eileen, est pertinent et, partant, admissible, à moins a) qu'il ne relève de la règle relative à la preuve de «faits similaires» et b) qu'il ne satisfasse aux critères déterminant l'exclusion énoncés dans cette règle.

La preuve produite en l'espèce relève-t-elle de la règle? Pour répondre à cette question, il faut décider si la conduite de l'accusé a été indigne. Or, sa conduite envers Eileen n'avait rien de criminel. Dans le passage tiré de l'arrêt *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, lord Herschell parle seulement de «crimes», de «conduite criminelle» et de «réputation». La conduite indigne paraît toutefois ne pas se limiter aux seuls actes criminels. Tel a été l'avis de la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt *R. v. Barrington*, [1981] 1 All E.R. 1132. Dans cette affaire-là, la poursuite a cherché à soutenir les témoignages de trois jeunes plaignantes relatifs aux attentats à la pudeur commis par l'accusé en produisant les dépositions de trois autres jeunes filles. D'après les témoignages de ces dernières, l'accusé avait agi sensiblement de la même manière en recrutant les jeunes filles censément pour garder des enfants et en leur montrant des revues et des photographies pornographiques. Elles n'alléguaient toutefois aucun comportement criminel ni aucun attentat à la pudeur. Le tribunal a traité leurs témoignages comme une preuve de faits similaires. Il décida que cette preuve pouvait à bon droit être admise parce qu'elle présentait une ressemblance frappante avec les circonstances reliées à l'infraction imputée et parce que rien n'indiquait que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante. Étant donné

whether the probative value outweighs the prejudicial value of the evidence; see *Sweitzer, supra*.

In discussing the probative value we must consider the degree of relevance to the facts in issue and the strength of the inference that can be drawn. The bulk of Eileen's testimony is, of course, highly relevant to the case. It provides the background for the circumstances in which the assault occurred. It makes it clear how the respondent came to arrive at the complainant's doorstep on the morning in question, how he knew to use Eileen's name, why he might be interested in the victim, and why he could have anticipated that the complainant would be home alone at the relevant time.

The evidence of the proposition made to Eileen makes the narrative clearer as it indicates the note on which the first visit to the apartment ended. It makes consistent and credible Eileen's assertion that she did not send the accused over to see the complainant on the morning in question. Further, it is arguable that it has some relevance to the question of motive and intent. The Crown suggests that the accused, rebuffed by the roommate Eileen, had a motive for turning his attention to the complainant, a woman in whom he had earlier indicated an interest. The degree of probative value required varies with the prejudicial effect of the admission of the evidence. The probative value of evidence may increase if there is a degree of similarity in circumstances and proximity in time and place. However, admissibility does not turn on such a striking similarity: see L. H. Hoffmann, "Similar Facts After *Boardman*" (1975), 91 *L.Q.R.* 193, at p. 201. In my view, the evidence here is of some, though not of great, probative value.

Is the evidence prejudicial? In this case, the conduct towards the roommate Eileen is certainly not as discreditable as, for example, the conduct

que la règle relative à la preuve de faits similaires peut s'appliquer à des actes autres que ceux de caractère criminel, il y a lieu d'examiner si la valeur probante de la preuve en question est plus grande que son effet préjudiciable: voir l'arrêt *Sweitzer*, précité.

Dans l'analyse de la valeur probante, il faut tenir compte de la mesure dans laquelle les éléments de preuve en question se rapportent aux faits en litige et du poids de la déduction qu'on peut en tirer. Bien entendu, la majeure partie du témoignage d'Eileen revêt une grande pertinence en l'espèce. Il fournit le contexte dans lequel l'agression a eu lieu. Il explique comment l'intimé a pu se présenter à la porte de la plaignante le matin en question, comment il a connu le nom d'Eileen, pourquoi il pouvait s'intéresser à la victime et pourquoi il a pu prévoir que celle-ci se trouverait toute seule chez elle au moment pertinent.

La preuve relative aux avances faites à Eileen rend plus clair l'exposé des événements, car elle révèle le ton sur lequel s'est terminée la première visite à l'appartement. Elle donne cohérence et crédibilité à l'assertion d'Eileen selon laquelle elle n'a pas envoyé l'accusé voir la plaignante le matin en question. De plus, on pourrait prétendre que cette preuve se rapporte dans une certaine mesure à la question du mobile et de l'intention. Le ministère public soutient que l'accusé, rebuté par la compagne de chambre Eileen, avait un motif de se tourner vers la plaignante, une femme à l'égard de laquelle il avait déjà manifesté de l'intérêt. Le degré de valeur probante requis varie en fonction de l'effet préjudiciable de l'admission de la preuve. La valeur probante d'un élément de preuve peut augmenter s'il y a une certaine similarité quant aux circonstances ainsi que proximité de temps et d'endroit. L'admissibilité ne dépend toutefois pas d'une telle similarité frappante: voir L. H. Hoffmann, «Similar Facts After *Boardman*» (1975), 91 *L.Q.R.* 193, à la p. 201. À mon avis, la preuve présentement en cause a de la valeur probante, mais cette valeur n'est pas très grande.

S'agit-il d'une preuve préjudiciable? En l'espèce, la conduite envers la compagne de chambre Eileen n'est certainement pas aussi indigne que, par

involved in *Barrington, supra*. In fact, it might be argued that the accused's conduct was not discreditable and hence not prejudicial at all. He propositioned a woman. When she indicated that she was not interested, he desisted. He did not force himself upon her. However, there are elements of the incident which could be characterized as discreditable. After Eileen indicated that she would not sleep with the accused he put his arms around her. She asked him to leave repeatedly and he repeatedly refused. She finally felt she had to leave and go to the outside porch. When they were walking to the bus stop, he pinned her against the wall. He said he could never love her, he could only hurt her. Although this is capable of an innocent interpretation, it is also capable of a sinister interpretation. The evidence causes prejudice but it causes very little prejudice because the accused desisted. I would conclude, therefore, on balance that the evidence was properly admitted.

Even if I am wrong in this and the evidence should not have been admitted, the conviction, in my view, should stand by virtue of the saving proviso of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*. Given the persuasive nature of the evidence in this case the jury's verdict would necessarily have been the same (see *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739) even if the alleged error of law had not occurred.

8. Disposition

For the reasons given above I would allow the appeal and restore the conviction.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for the Province of Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent: Morris Manning, Toronto.

exemple, la conduite dans l'affaire *Barrington*, précitée. De fait, on pourrait prétendre que la conduite de l'accusé n'avait rien d'indigne et, en conséquence, n'était pas préjudiciable du tout. Il a fait des avances à une femme. Quand elle a dit que cela ne l'intéressait pas, il n'a pas insisté. Il ne l'a pas contrainte. Certains éléments de l'incident peuvent néanmoins être qualifiés d'indignes. Après qu'Eileen eut fait savoir à l'accusé qu'elle ne coucherait pas avec lui, il l'a enlacée. Elle lui a demandé à plusieurs reprises de partir et il a refusé chaque fois. Finalement, elle s'est sentie obligée de sortir sur le perron. Quand ils se rendaient à l'arrêt d'autobus, il l'a immobilisée contre un mur. Il a dit qu'il ne pourrait jamais l'aimer, qu'il pourrait seulement lui faire du mal. Bien que cette déclaration puisse admettre une interprétation innocente, elle se prête aussi à une interprétation menaçante. La preuve en question est préjudiciable jusqu'à un certain point, mais ce préjudice est fort minime parce que l'accusé n'a pas insisté. Je conclus donc que, à tout prendre, c'est à juste titre que cette preuve a été admise.

Même à supposer que j'aie tort sur ce point et que la preuve n'ait pas dû être admise, la déclaration de culpabilité devrait, selon moi, être maintenue en vertu de la disposition réparatrice de l'al. 613(1)(b)(iii) du *Code*. Étant donné le caractère convaincant de la preuve produite en l'espèce, le verdict du jury aurait nécessairement été le même (voir *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739), même si l'erreur de droit reprochée n'avait pas été commise.

8. Dispositif

Pour les motifs que je viens d'exposer, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la province de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé: Morris Manning, Toronto.

Dale Wayne Pohoretsky *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. POHORETSKY

File No.: 19330.

1987: April 8; 1987: June 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Blood sample taken by doctor as authorized by provincial statute — Appellant unable to give consent — Crown conceded search unreasonable and in violation of s. 8 of Charter — Whether or not blood sample inadmissible in that it would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237(2), 238(3)(b) — Blood Test Act, S.M. 1980, c. 49, C.C.S.M., c. B63, ss. 1, 2.

Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Taking of blood sample by doctor authorized by provincial statute but not by Criminal Code — Evidence to be used in criminal matter — Crown admitted taking blood sample to be an unreasonable search in violation of s. 8 of Charter — Whether or not blood sample inadmissible in that it would bring the administration of justice into disrepute.

Appellant was convicted of impaired driving contrary to s. 236 of the *Criminal Code*. The conviction was quashed on appeal to the County Court but restored by the Court of Appeal. A physician, at the request of a police officer, had taken a blood sample from the appellant who was in an incoherent and delirious state. The doctor's action was permitted by the Manitoba *Blood Test Act*, given reasonable and probable grounds for believing that the person had been drinking and driving within the preceding two hours. The *Criminal Code* then in force had no such provision. The Crown conceded in this Court that the taking of appellant's blood was an unreasonable search contrary to s. 8 of the *Charter*. The only issue here was whether the admission of this evi-

Dale Wayne Pohoretsky *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. POHORETSKY

N° du greffe: 19330.

1987: 8 avril; 1987: 4 juin.

b

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

c

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidérer l'administration de la justice — Échantillon de sang prélevé par un médecin comme l'autorise la loi provinciale — Appellant incapable de donner son consentement — Admission du ministère public que la fouille est abusive et viole l'art. 8 de la Charte — L'utilisation de l'échantillon de sang comme élément de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237(2), 238(3)(b) — Loi sur les analyses du sang, L.M. 1980, chap. 49, C.C.S.M., chap. B63, art. 1, 2.

d

Preuve — Admissibilité — Déconsidérer l'administration de la justice — Prise de sang effectuée par un médecin et autorisée par la loi provinciale mais non par le Code criminel — Élément de preuve à être utilisé dans une affaire criminelle — Admission du ministère public que la prise de sang constitue une fouille abusive qui viole l'art. 8 de la Charte — L'utilisation de l'échantillon de sang comme élément de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

e

L'appellant a été reconnu coupable de conduite avec facultés affaiblies en contravention à l'art. 236 du *Code criminel*. La déclaration de culpabilité a été annulée en appel devant la Cour de comté, mais rétablie par la Cour d'appel. Un médecin, à la demande d'un policier, a prélevé un échantillon de sang de l'appellant qui était incohérent et dans un état de délire. L'action du médecin était autorisée par la *Loi sur les analyses du sang* du Manitoba pourvu qu'il ait des motifs raisonnables et probables de croire que la personne avait, au cours des deux heures précédentes, conduit un véhicule alors qu'elle était sous l'influence de l'alcool. Le *Code criminel* alors en vigueur ne comportait pas de dispositions en ce sens. Le ministère public a reconnu devant cette Cour

dence would bring the administration of justice into disrepute.

Held: The appeal should be allowed.

This unreasonable search was a very serious one in that, firstly, it violated the sanctity of a person's body, which is much more serious than a violation of his home or office, and secondly, it was done wilfully and deliberately with no suggestion of the police acting inadvertently or in good faith. The police took advantage of the accused's state to obtain evidence which they had no right to obtain from him without his consent, had he been conscious, and effectively conscripted the appellant against himself. Although the police had reasonable and probable grounds to believe that the appellant had committed the offence, the seriousness of the violation and disregard by them for the law as it then stood would cause the administration of justice to be brought into disrepute if the blood sample were to be admitted into evidence to convict the appellant.

Cases Cited

Applied: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **referred to:** *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295.

Statutes and Regulations Cited

Blood Test Act, S.M. 1980, c. 49, C.C.S.M., c. B63, ss. 1, 2.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237(2), 238(3)(b).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1985), 32 Man. R. (2d) 291, 17 D.L.R. (4th) 268, 18 C.C.C. (3d) 104, 32 M.V.R. 61, allowing the Crown's appeal and restoring a conviction that Glowacki Co. Ct. J. had quashed on appeal (1984), 29 Man. R. (2d) 186, 29 M.V.R. 21, from a judgment of Peters Prov. Ct. J. Appeal allowed.

David Deutscher, for the appellant.

Stuart Whitley, for the respondent.

que le prélèvement du sang de l'appelant constituait une fouille abusive qui violait l'art. 8 de la *Charte*. La seule question en l'espèce est de savoir si l'utilisation de cette preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Cette fouille abusive est fort grave car, en premier lieu, elle viole l'intégrité physique de la personne, ce qui est beaucoup plus grave que la violation de son bureau ou de son domicile, et, en second lieu, elle a été voulue de propos délibéré sans que rien n'indique que la police ait agi par inadvertance ou de bonne foi. La police a profité de l'état de l'accusé pour obtenir des preuves qu'elle n'aurait eu aucun droit d'obtenir de lui sans son consentement s'il avait été conscient, ce qui a eu pour effet de mobiliser l'appelant contre lui-même. Bien que la police ait eu des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait commis l'infraction, la gravité de la violation et la méconnaissance par elle de la loi alors applicable seraient susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice si l'échantillon de sang devait être utilisé en preuve afin que l'appelant soit reconnu coupable.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêts mentionnés:** *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237(2), 238(3)(b).
Loi sur les analyses du sang, L.M. 1980, chap. 49, C.C.S.M., chap. B63, art. 1, 2.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1985), 32 Man. R. (2d) 291, 17 D.L.R. (4th) 268, 18 C.C.C. (3d) 104, 32 M.V.R. 61, qui a accueilli l'appel du ministère public et la déclaration de culpabilité que le juge Glowacki de la Cour de comté avait annulée en appel (1984), 29 Man. R. (2d) 186, 29 M.V.R. 21, contre un jugement du juge Peters de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

David Deutscher, pour l'appelant.

Stuart Whitley, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.— Dale Wayne Pohoretsky was tried and convicted in Manitoba by a Provincial Court Judge of driving a car while having more than 80 milligrams of alcohol in his blood, contrary to s. 236 of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34, as it then stood. He appealed to the County Court and the conviction was quashed and he was acquitted. That decision was appealed by the Crown and the Manitoba Court of Appeal restored the trial judge's conviction. Pohoretsky was granted leave to appeal to this Court.

What makes this case of particular interest is the fact that the appellant was convicted through the introduction into evidence of the analysis of a sample of his blood which was obtained without his consent. At the time the sample was obtained, ss. 1 and 2 of the *Manitoba Blood Test Act*, S.M. 1980, c. 49, C.C.S.M., c. B63 provided:

1 Where a duly qualified medical practitioner has reasonable and probable grounds to believe that a person whom he is treating or who has been brought to him for treatment has, at any time within the preceding 2 hours, been driving or had the care and control of a motor vehicle, or been navigating or operating a vessel, he may, without compulsion, take a sample of the person's blood and analyze it or cause it to be analyzed for alcohol or drug content and he is not thereby liable for any damages to the person from whom the sample of blood was taken except damages arising out of negligence in procedures used in taking the blood.

2 Where a duly qualified medical practitioner has taken a sample of blood and analyzed it or caused it to be analyzed for alcohol or drug content, if he or the person who analyzed the blood discloses the name of the person from whom the sample of blood was taken and the results of the analysis, neither the duly qualified medical practitioner nor the person who analyzed the blood is liable in damages by reason of the disclosure.

The County Court Judge held that the Crown had failed to establish that the physician who took the sample had the reasonable and probable grounds required by the Act and therefore held the taking

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Dale Wayne Pohoretsky a été reconnu coupable, par un juge de la Cour provinciale du Manitoba, de conduite d'une voiture avec un taux d'alcoolémie supérieur à 80 milligrammes d'alcool, en contravention à l'art. 236 du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-34, alors en vigueur. Il a interjeté appel à la Cour de comté, la déclaration de culpabilité a été annulée et il a été acquitté. Le ministère public a interjeté appel de la décision à la Cour d'appel du Manitoba qui a rétabli la déclaration de culpabilité prononcée par le juge de première instance. Pohoretsky a obtenu l'autorisation de se pourvoir en cette Cour.

Cette affaire a un intérêt particulier car l'appellant a été reconnu coupable en raison de la production en preuve d'une analyse d'un échantillon de son sang, prélevé sans son consentement. Au moment où l'échantillon a été prélevé, les art. 1 et 2 de la *Loi sur les analyses du sang* du Manitoba, L.M. 1980, chap. 49, C.C.S.M., chap. B63, disposaient:

1 Le praticien de la santé, dûment qualifié, qui a des motifs raisonnables et probables de croire que la personne qu'il traite, ou qui lui a été amenée pour être traitée, a, au cours des deux heures précédentes, conduit un véhicule automobile ou en a eu la garde et le contrôle, ou a piloté ou utilisé un bateau, peut, sans avoir recours à la contrainte, prélever un échantillon du sang de cette personne et l'analyser ou le faire analyser, pour en déterminer la teneur en alcool ou en drogue, sans pour autant encourir de dommages-intérêts pour atteinte à la personne, sauf pour négligence dans le mode de prélèvement du sang.

2 Le praticien de la santé, dûment qualifié, qui a prélevé un échantillon de sang, l'a analysé ou l'a fait analyser pour en déterminer la teneur en alcool ou en drogue, de même que l'analyste de l'échantillon sanguin, ne peuvent être poursuivis en dommages-intérêts pour divulgation, le cas échéant, du nom de la personne sur laquelle l'échantillon sanguin a été prélevé et du résultat de l'analyse.

Le juge de la Cour de comté a conclu que le ministère public n'avait pas démontré que le médecin qui a prélevé l'échantillon avait les motifs raisonnables et probables que requiert la Loi, et il

illegal. That holding has not been challenged before this Court. Further, it seems to me to be doubtful that provincial legislation such as *The Blood Test Act* could authorize the taking of a blood sample for the purposes of a prosecution under the *Criminal Code*, because s. 237(2) of the *Code* provided at the relevant time:

237. ...

(2) No person is required to give a sample of blood, urine or other bodily substance for chemical analysis for the purposes of this section except breath as required under section 234.1, 235 or 240.1, and evidence that a person failed or refused to give such a sample or that such a sample was not taken is not admissible nor shall such a failure or refusal or the fact that a sample was not taken be the subject of comment by any person in the proceedings.

For these reasons, the Crown has conceded in this Court that the taking of the appellant's blood without his consent was an unreasonable search that violated the appellant's rights under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is thus not necessary for the disposition of this appeal to decide whether the taking of blood from a person's body is a search or rather a seizure. I should add that s. 238(3)(b) of the *Code* now authorizes the taking of a blood sample in these circumstances. The only issue to be determined in this appeal is whether the admission in the proceedings against the appellant of this evidence which was obtained as a result of a violation of the *Charter* would bring the administration of justice into disrepute. If so then the evidence must be excluded and the appellant's acquittal restored. If not, he stands convicted.

Section 24(2) of the *Charter* reads:

24. ...

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

It is to be noted that the section directs the judge in coming to his decision to have "regard to

a jugé le prélèvement illégal. Cette conclusion n'a pas été contestée devant nous. En outre, il me semble douteux qu'une loi provinciale comme la *Loi sur les analyses du sang* puisse autoriser le prélèvement d'un échantillon de sang pour une poursuite fondée sur le *Code criminel*, puisque son par. 237(2) prévoyait à l'époque:

237. ...

(2) Nul n'est tenu de donner un échantillon de sang, d'urine ou d'une autre substance corporelle pour analyse chimique aux fins du présent article si ce n'est en ce qui a trait à l'haleine selon les prescriptions des articles 234.1, 235 ou 240.1, et la preuve qu'une personne a fait défaut ou refusé de donner cet échantillon ou que l'échantillon n'a pas été prélevé, n'est pas admissible; de plus, un tel défaut ou refus ou le fait qu'un échantillon n'a pas été prélevé ne saurait faire l'objet de commentaires par qui que ce soit au cours des procédures.

Pour ces motifs, le ministère public a reconnu devant nous que le prélèvement du sang de l'appellant sans son consentement constituait une fouille abusive qui violait les droits garantis à ce dernier par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il n'est donc pas nécessaire aux fins de l'issue du présent pourvoi de décider si une prise de sang est une fouille plutôt qu'une saisie. J'ajouterais que l'al. 238(3)b) du *Code* actuel autorise le prélèvement d'un échantillon sanguin dans ces circonstances. Le seul point qui demeure en litige est de savoir si utiliser, au cours des poursuites engagées contre l'appellant, cette preuve obtenue en violation de la *Charte*, est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le cas échéant, cette preuve doit être écartée et l'acquittement de l'appellant rétabli. Sinon, la déclaration de culpabilité demeure.

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* dispose:

24. ...

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

On notera que l'article enjoint au tribunal d'avoir «égard aux circonstances» pour arriver à sa

all the circumstances". Those circumstances are simple and as follows. The appellant was injured in a single vehicle accident and was transported to hospital. Constable Parent of the R.C.M.P. attended at the accident scene and noticed a case of beer. He asked his colleague Constable Esayenko to attend the hospital and get a sample of blood from the appellant. Constable Esayenko found the appellant lying on a hospital bed in an incoherent and delirious state. He noted a strong odour of liquor on the appellant's breath. He asked the attending physician to take a blood sample and she agreed to do so. The blood sample was not required for medical purposes and the appellant did not consent to the taking of the blood sample.

Judgment in the case of *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, was handed down by this Court on April 9, 1987. In that case this Court addressed the nature of the dynamics involved in making a determination under s. 24(2) and set out the various factors to be considered. I am, in this judgment, guided by what I said in that case. In that regard I consider this unreasonable search to be a very serious one. First, a violation of the sanctity of a person's body is much more serious than that of his office or even of his home. Secondly, it was wilful and deliberate, and there is no suggestion here that the police acted inadvertently or in good faith, as in, to give examples, the cases of *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301, and *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295, two decisions handed down the same day as the decision in *Collins*. Quite the contrary. They took advantage of the appellant's unconsciousness to obtain evidence which they had no right to obtain from him without his consent had he been conscious. The effect of their conduct was to conscript the appellant against himself. I am not unmindful of the fact that the police officers indeed had ample reasonable and probable grounds to believe that the appellant had committed the offence, though the County Court Judge held that the Crown failed to establish that the physician had such grounds. Nevertheless, given the seriousness of the violation and the clear provisions of the *Criminal Code* as it then stood, I am satisfied that the admission of the blood sample to

décision. Ces circonstances sont simples. L'appellant a été blessé dans un accident où seul son véhicule était impliqué et a été transporté à l'hôpital. L'agent Parent de la G.R.C. s'est rendu sur les lieux de l'accident où il a remarqué la présence d'une caisse de bière. Il a demandé à son collègue, l'agent Esayenko, de se rendre à l'hôpital pour obtenir un échantillon du sang de l'appellant. L'agent Esayenko a trouvé l'appellant sur son lit d'hôpital, incohérent et en état de délire. Il a constaté que l'haleine de l'appellant sentait fortement l'alcool. Il a demandé au médecin traitant de prélever un échantillon de sang, ce qu'elle a accepté de faire. L'échantillon sanguin n'était pas nécessaire d'un point de vue médical et l'appellant n'a pas consenti à son prélèvement.

a La Cour a rendu l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le 9 avril 1987. Dans cette affaire, la Cour statue sur la nature des forces en interaction dans une décision en vertu du par. 24(2) et y expose les divers facteurs dont il faut tenir compte. e Je me laisserai guider en l'espèce par ce que j'ai dit dans cette affaire. À cet égard, j'estime cette fouille abusive fort grave. En premier lieu, la violation de l'intégrité physique de la personne humaine est une affaire beaucoup plus grave que celle de son bureau ou même de son domicile. f En second lieu, elle a été voulue de propos délibéré; rien n'indique ici que la police a agi par inadvertance ou de bonne foi comme, par exemple, dans les affaires *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301 et *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295, deux arrêts prononcés le même jour que l'arrêt *Collins*. Bien au contraire. Ils ont profité de l'inconscience de l'appellant pour obtenir des preuves qu'ils n'avaient pas le droit d'obtenir de lui sans son consentement s'il avait été conscient. Leur comportement a eu pour effet de mobiliser l'appellant contre lui-même. Je n'oublie pas que les policiers avaient effectivement amplement de motifs raisonnables et probables de croire que l'appellant avait commis l'infraction, quoique le juge de la Cour de comté a conclu que la poursuite n'avait pas établi que le médecin avait de tels motifs. Néanmoins, vu la gravité de la violation et les dispositions claires du *Code criminel* alors applicable, je suis convaincu que l'utilisation de l'échantillon sanguin afin que l'appellant

convict the appellant would bring the administration of justice into disrepute.

I would allow this appeal, quash the conviction entered by the Court of Appeal and restore the acquittal pronounced by Judge Glowacki of the County Court of Selkirk.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Savino & Company, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

soit reconnu coupable est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'appel et de rétablir l'acquittement prononcé par le juge Glowacki de la Cour de comté de Selkirk.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Savino & Company, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Edward Gregory Faulkner *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. FAULKNER

File No.: 20037.

1987: June 5.

Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Procedure — Appeal as of right — Dissent in the Court of Appeal not on a question of law.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1986), 43 Man. R. 117, dismissing an appeal from the accused's conviction on a charge of robbery. Appeal quashed.

David Deutscher, for the appellant.

Wayne Myshkowsky, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

BEETZ J.—It will not be necessary to hear from you, Mr. Myshkowsky. Mr. Deutscher could not persuade us that Mr. Justice O'Sullivan's dissent was a dissent on a question of law. The appeal is quashed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Savino and Co., Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba.

Edward Gregory Faulkner *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

^a RÉPERTORIÉ: R. c. FAULKNER

N° du greffe: 20037.

1987: 5 juin.

^b Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

^c *Droit criminel — Procédure — Appel de plein droit — Dissidence en Cour d'appel ne portant pas sur une question de droit.*

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1986), 43 Man. R. 117, qui a rejeté un appel interjeté de la déclaration de culpabilité de l'accusé à l'égard d'une accusation de vol qualifié. Pourvoi annulé.

^e *David Deutscher*, pour l'appellant.

Wayne Myshkowsky, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcée oralement par

^f LE JUGE BEETZ—M^e Myshkowsky, il n'est pas nécessaire de vous entendre. M^e Deutscher n'a pas réussi à nous persuader que la dissidence du juge O'Sullivan portait sur un point de droit. Le pourvoi est annulé.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Savino and Co., Winnipeg.

^h *Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba.*

Gordon Dorward de Salaberry Wotherspoon, Allan Leslie Beattie, Clarke McLean Beattie, Robert John Butler, Robert Alfred Dunford, Geoffrey Arthur Nelson Hitchlock, Earl Herbert Orser, Morgan Cecil Payne, Paul Charles Statler and Allan Purchase Upshall, as trustees of the Eaton Retirement Annuity Plan, suing on behalf of themselves and all other shareholders of Ontario and Quebec Railway Company except the individual Defendants and the Defendant, Canadian Pacific Limited *Appellants*

v.

Canadian Pacific Limited, Marathon Realty Company Limited and Ontario and Quebec Railway Company *Respondents*

and

John Turner, on behalf of himself and all holders of 5% permanent debenture stock in the Ontario and Quebec Railway Company *Intervener*

and between

Joseph Pope, suing on behalf of himself and all other shareholders of Ontario and Quebec Railway Company except the individual Defendants and the Defendant, Canadian Pacific Limited *Appellant*

v.

Canadian Pacific Limited, Marathon Realty Company Limited and Ontario and Quebec Railway Company *Respondents*

and

John Turner, on behalf of himself and all holders of 5% permanent debenture stock in the Ontario and Quebec Railway Company *Intervener*

INDEXED AS: WOTHERSPOON v. CANADIAN PACIFIC LTD.

Gordon Dorward de Salaberry Wotherspoon, Allan Leslie Beattie, Clarke McLean Beattie, Robert John Butler, Robert Alfred Dunford, Geoffrey Arthur Nelson Hitchlock, Earl Herbert Orser, Morgan Cecil Payne, Paul Charles Statler et Allan Purchase Upshall, en qualité de fiduciaires d'Eaton Retirement Annuity Plan, agissant en leur nom et en celui de tous les actionnaires de la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec, à l'exception des défendeurs individuels et de la défenderesse, Canadien Pacifique Ltée *Appelants*

a c.

Canadien Pacifique Ltée, Marathon Realty Company Limited et Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec *Intimées*

d et

John Turner, agissant en son nom et en celui de tous les porteurs d'actions-débetures permanentes à 5 % de la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec *Intervenant*

et entre

Joseph Pope, agissant en son nom et en celui de tous les actionnaires de la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec, à l'exception des défendeurs individuels et de la défenderesse, Canadien Pacifique Ltée *Appelant*

e c.

Canadien Pacifique Ltée, Marathon Realty Company Limited et Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec *Intimées*

f et

John Turner, agissant en son nom et en celui de tous les porteurs d'actions-débetures permanentes à 5 % de la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec *Intervenant*

g

RÉPERTORIÉ: WOTHERSPOON c. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE

File Nos.: 16957, 16958.

1985: April 1, 2, 3, 4; 1987: June 25.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard*, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Leases — Perpetual leases — Lessee of railway selling lessor's surplus lands — Whether lessee authorized by the lease or statutes to sell these lands without the lessor's approval — Whether the sale of these lands constitutes a breach of the leases — Whether proceeds from sales should go to the lessor — Whether lessor entitled to recover its reversionary interest in the surplus lands sold by lessee — Act respecting the Canadian Pacific Railway Company, S.C. 1891, c. 70, s. 2.

Creditor and debtor — Lease of railway — Lessee authorized by statute to sell lessor's surplus lands free of incumbrance — Lands subject to lessor's debenture stock — Debenture stock constituting first lien and charge on lands — Whether debenture stock an incumbrance within the meaning of the statute — Whether debenture stock a specific or a floating charge — Whether lessor's debenture stockholders have a claim against the lessee or the lessor for the sale of these lands under the lease or statute — Act respecting the Ontario and Quebec Railway Company, S.C. 1884, c. 61, s. 8 — Act respecting the Canadian Pacific Railway Company, S.C. 1891, c. 70, s. 2.

Corporations — Meetings — Notice — Sufficiency of notice — Meeting to approve sale of surplus lands to majority shareholder's subsidiary — Whether shareholders should have received the actual appraisal reports of these properties — Whether shareholders meeting validly held.

Corporations — Oppression or fraud on the minority — Board of Directors and majority shareholder of railway company voting in favour of the sale of surplus lands to majority shareholder's subsidiary — Whether such action constitutes oppression or fraud on the minority.

The Canadian Pacific Railway Co. ("CP") was incorporated in 1881 by Act of Parliament. The plan

* Chouinard J. took no part in the judgment.

N^{os} du greffe: 16957, 16958.

1985: 1, 2, 3, 4 avril; 1987: 25 juin.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard*, a Lamer, Le Dain et La Forest.

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

Baux — Baux à perpétuité — Vente de terrains excédentaires de la bailleuse par la preneuse à bail du chemin de fer — La preneuse à bail est-elle autorisée par le bail ou par les lois à vendre ces terrains sans l'approbation de la bailleuse? — La vente de ces terrains constitue-t-elle une violation des baux? — La bailleuse a-t-elle droit au recouvrement de la valeur de son droit réversif dans les terrains excédentaires vendus par la preneuse? — Acte concernant la Compagnie du Chemin de fer Canadien du Pacifique, S.C. 1891, chap. 70, art. 2.

d Créancier et débiteur — Bail de chemin de fer — Preneuse à bail autorisée par la loi à vendre les terrains excédentaires de la bailleuse libres de redevance — Terrains grevés par les actions-débetures de la bailleuse — Actions-débetures constituant une première charge et redevance sur les terrains — Les actions-débetures sont-elles une «redevance» au sens de la loi? — Les actions-débetures constituent-elles une charge déterminée ou flottante? — Les porteurs d'actions-débetures de la bailleuse ont-ils un droit de réclamation contre la preneuse ou la bailleuse pour la vente de ces terrains en vertu du bail ou de la loi — Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec, S.C. 1884, chap. 61, art. 8 — Acte concernant la Compagnie du Chemin de fer Canadien du Pacifique, S.C. 1891, chap. 70, art. 2.

g Compagnies — Assemblées — Avis — Avis suffisant — Assemblée pour approuver la vente de terrains excédentaires à une filiale de l'actionnaire majoritaire — Les actionnaires auraient-ils dû recevoir les rapports réels d'évaluation de ces biens? — L'assemblée des actionnaires a-t-elle été valablement tenue?

Compagnies — Oppression ou dol vis-à-vis de la minorité — Conseil d'administration et actionnaire majoritaire de la compagnie de chemin de fer votant en faveur de la vente des terrains excédentaires à la filiale de l'actionnaire majoritaire — Pareille action constitue-t-elle de l'oppression ou dol vis-à-vis de la minorité?

La Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique («CP») a été constituée en compagnie en 1881 par

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

envisaged by the 1881 CP Act and the company charter was the establishment of a railroad, both by construction or acquisition, from the Atlantic to the Pacific. The Ontario and Quebec Railway Co. ("O & Q"), reincorporated in 1881 was empowered to construct and operate railroads from Toronto through south central Ontario to Ottawa and thence into the Province of Quebec to join up with railroads in that province. Between 1883 and 1887, by amalgamations, purchases and leaseings, O & Q assembled a railway from Montréal to St. Thomas, Ontario, via Ottawa and Toronto. In particular, O & Q leased for a term of 999 years the rail lines of the Toronto, Grey & Bruce Railway Co. ("TG & B") and leased in perpetuity the rail lines of the West Ontario Pacific Railway Co. ("WOP"). These transactions were authorized by Parliament.

In 1884, 1887 and 1888, through a series of three perpetual leases also approved by Parliament, O & Q leased its entire consolidated railway to CP. There are no significant differences in the leases. The 1884 lease, which deals with the bulk of the assets of the O & Q system, is the principal lease in this appeal. With this lease, CP took over the assets and undertaking of O & Q, all in exchange to pay, pursuant to clause 9 of the lease, the interest and dividends directly to the holders of the perpetual debenture stock and common stock of O & Q, and to the holders of the remaining outstanding bonds of some of the other railway companies. The debentures issued by O & Q under s. 8 of the *Act respecting the Ontario and Quebec Railway Company*, S.C. 1884, c. 61, constitute "a first lien and charge" upon O & Q property. Under clause 15, CP is required to provide, at its expense, an officer to O & Q who was to be its secretary and transfer clerk. In clause 12, CP is also required to keep the railway and the rolling stock in good order and repair and, at the end of the lease, to "yield up the same or other rolling stock and equipments of equal value, to [O & Q], in like good order and condition". Under clause 11, CP enjoys "all the franchises and powers" of the lessor to run the railway and is authorized by clause 14 to take legal proceedings in O & Q's name and to "do all acts ... necessary, for the convenient, efficient and effectual working of the railway ...". Finally, under clause 18, in the event of non-payment of the rental for a period of ninety days, after any installment falls due, or in the event of substantial failure to maintain, work, repair or operate the railway for a period of ninety days, the lease becomes, at the option of the O & Q, void; CP must yield possession of the railway, and the other premises

une loi du Parlement. La loi de 1881 concernant CP et la charte de la compagnie visaient la création d'un chemin de fer, tant par la construction que par l'acquisition, de l'Atlantique au Pacifique. La Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec («O & Q»), constituée de nouveau en compagnie en 1881 était autorisée à construire et à exploiter une ligne de chemin de fer qui relierait Toronto à Ottawa en passant par le sud de l'Ontario central et qui se prolongerait dans la province de Québec pour se raccorder au réseau de chemin de fer de cette province. Entre 1883 et 1887, par fusions, achats et prises à bail, O & Q a constitué un chemin de fer allant de Montréal à Saint-Thomas (Ontario), en passant par Ottawa et Toronto. En particulier, O & Q a pris à bail pour un terme de 999 ans la ligne de chemin de fer de Toronto, Grey & Bruce Railway Co. («TG & B») et a acquis en vertu d'un bail à perpétuité la ligne de chemin de fer du Pacifique de l'Ouest d'Ontario («POO»). Ces opérations ont été autorisées par le Parlement.

En 1884, 1887 et 1888, au moyen de trois baux à perpétuité également approuvés par le Parlement, O & Q a donné à bail à CP la totalité de son chemin de fer fusionné. Les baux ne comportent pas de différences importantes. Le bail de 1884 porte sur l'ensemble de l'actif du réseau d'O & Q et constitue le principal bail dans ce pourvoi. Au moyen de ce bail, CP a pris le contrôle des éléments d'actif d'O & Q ainsi que de son entreprise en contrepartie de l'engagement de payer, conformément à la clause 9 du bail, l'intérêt et les dividendes directement aux porteurs des actions-débetures permanentes et des actions ordinaires d'O & Q, et aux porteurs d'obligations encore en circulation de certaines autres compagnies de chemin de fer. Les débetures émises par O & Q en vertu de l'art. 8 de l'*Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec*, S.C. 1884, chap. 61, constituent «une première charge et redevance» sur les biens d'O & Q. En vertu de la clause 15 du bail, CP est tenue de fournir et de rémunérer à ses frais un administrateur d'O & Q qui serait le secrétaire et son commis aux transferts. En vertu de la clause 12, CP est également tenue de conserver en bon état et condition le matériel roulant et, à l'expiration du bail, de remettre[r] à [O & Q] les mêmes et d'autres matériel roulant et équipements d'une valeur égale et en même bon état et condition». En vertu de la clause 11, CP jouit «de tous les privilèges et pouvoirs» de la bailleuse relativement à l'exploitation du chemin de fer et, en vertu de la clause 14, elle est autorisée à intenter des poursuites au nom d'O & Q et à faire «tous autres actes [...] nécessaire[s] pour l'exploitation convenable, efficace et effective du chemin de fer ...». Enfin, en vertu de la clause 18, dans le cas de non-paiement du loyer pendant quatre-vingt-dix jours après

leased, in good order and condition. In short, CP took over all the operations of O & Q and the burden of operating its railway system, and undertook to pay all the debt and equity interest or dividend obligation of O & Q. O & Q was left with no expenses and no revenue; no assets except a reversionary right to the demised railway lines in the event of the expiry or the termination of the lease; and no staff, except one officer supplied by CP. O & Q became a dormant company.

Between 1884 and 1963, CP sold a number of lands not required for railway purposes, the major part of which came from O & Q lands themselves, and the rest from lands of TG & B or WOP leased to CP through O & Q. In 1932 and 1971, CP also abandoned parts of the railway system that were uneconomical to operate. From 1963 to 1973, CP sold, at their book value, a considerable number of surplus lands to a development company, Marathon Realty Co. Ltd. ("Marathon"), a wholly-owned subsidiary of Canadian Pacific Investments Ltd., which prior to 1967, was a wholly-owned subsidiary of CP. In 1967, CP sub-leased to Marathon for 99 years certain designated surplus lands. This procedure, however, caused difficulties for Marathon in obtaining financing. In 1973, to remedy the situation, CP installed in O & Q a Board of Directors constituted of persons completely independent of CP and, then, O & Q and CP agreed to sell and convey to Marathon all the surplus lands free from incumbrance for a certain price. This agreement was authorized by the shareholders of O & Q at a meeting purportedly called in accordance with the by-laws of that company. At the meeting, CP, which held almost 80 per cent of O & Q shares, voted all its share-holdings in O & Q and thus overrode the objections of the minority stockholders of O & Q to the Marathon transaction.

In the Ontario High Court, O & Q minority shareholders and debenture stockholders claimed generally that the proceeds from the sale of O & Q surplus lands should go directly to O & Q to replace the sold assets which had been leased by O & Q to CP in 1884, and that all unsold surplus lands should no longer be includ-

qu'un terme est dû, ou dans le cas de faute importante dans l'entretien, l'exploitation, la réparation ou le fonctionnement du chemin de fer pendant quatre-vingt-dix jours, le bail devient nul, au gré d'O & Q; CP doit remettre la possession du chemin de fer et des autres propriétés données à bail, en bon état et condition. En bref, CP a pris le contrôle de toutes les opérations d'O & Q, s'est chargée d'exploiter son réseau de chemin de fer et s'est engagée à acquitter toutes les obligations d'O & Q concernant le paiement de l'intérêt et des dividendes relatifs aux dettes et aux actions de cette compagnie. De son côté, O & Q n'avait plus ni dépenses ni recettes ni éléments d'actif à l'exception d'un droit réversif sur les lignes de chemin de fer données à bail, qu'elle pourrait exercer à l'expiration du bail ou en cas de résiliation, ni aucun employé, à l'exception d'un administrateur fourni par CP. O & Q est devenue une compagnie de façade.

Entre 1884 et 1963, CP a vendu plusieurs terrains qui n'étaient plus requis aux fins du chemin de fer, dont la majeure partie provenait des terrains d'O & Q et le reste, des terrains de TG & B ou de POO donnés à bail à CP par l'intermédiaire d'O & Q. En 1932 et 1971, CP a également abandonné des parties du réseau de chemin de fer qui n'étaient pas rentables. De 1963 à 1973, CP a vendu, à leur valeur comptable, un nombre considérable de terrains excédentaires à Marathon Realty Co. Ltd. («Marathon»), une compagnie de promotion immobilière et filiale en propriété exclusive de Canadian Pacific Investments Ltd. qui, avant 1967, était une filiale en propriété exclusive de CP. En 1967, CP a donné en sous-bail à Marathon pour une durée de 99 ans des terrains excédentaires désignés. Cette façon de procéder a toutefois créé des difficultés à Marathon pour obtenir du financement. Pour remédier à la situation, CP a constitué, en 1973, un conseil d'administration d'O & Q formé de personnes totalement indépendantes de CP puis, O & Q et CP ont convenu de vendre et de céder à Marathon tous les terrains excédentaires libres de toute charge pour un certain prix. Ce contrat a été autorisé par les actionnaires d'O & Q lors d'une assemblée apparemment convoquée conformément aux statuts de cette compagnie. À l'assemblée, CP, qui détenait presque 80 pour 100 des actions d'O & Q, a utilisé tous les votes correspondant aux actions qu'elle détenait, ce qui lui a permis de passer outre à l'opposition des actionnaires minoritaires d'O & Q à la conclusion de ce contrat avec Marathon.

Devant la Haute Cour de l'Ontario, les actionnaires minoritaires et les porteurs de débetures d'O & Q ont fait valoir de façon générale que le produit de la vente des terrains excédentaires d'O & Q devait être versé directement à O & Q en remplacement des éléments d'actif vendus qu'O & Q avait donnés à bail à CP en

ed in the lease. They also challenged the validity of the CP and O & Q agreement with Marathon on the grounds that (1) any approval by the Board of Directors of O & Q for the sale of O & Q lands prior to 1973 had no legal effect because, contrary to s. 53(2) of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, their directors had an interest in the lease between CP and O & Q; (2) CP had no right to acquire shares in O & Q because s. 87 of the *Railway Act* prohibits railway companies from investing their assets in the shares of other railway companies; and (3) the notice of the O & Q shareholder meeting called to confirm the Marathon agreement was inadequate.

The Ontario High Court directed CP to pay O & Q the proceeds of all sales of lands leased to CP under the three leases determined according to the fair market value. The Court found that CP had no right under the leases or statutes to sell the surplus lands. On appeal, the Court of Appeal held that CP had the power of sale under the leases, but that O & Q was entitled only to recover the value of its reversionary interest in its lands and not the entire fair market value of the lands sold. The main issue in this appeal is whether the sale by CP of some parts of the lands demised constitutes a breach of the 1884 lease entitling O & Q to terminate this lease with attendant remedies for the appellants or whether alternatively O & Q is entitled to receive the proceeds from the sale of any lands demised under the lease, which have been determined by CP and O & Q to be no longer required for the operation of the O & Q Railway.

Held: The appeals should be dismissed and respondent CP's cross-appeals should be allowed in part.

(1) *The perpetual leases*

A perpetual lease is unknown to the common law. But there is no need in this case to consider the position of the leases under the common law because all the parties agreed that the various statutes of Canada authorizing these transactions at the same time also approved the perpetual leases, whatever their status might otherwise have been at common law.

1884, et que le bail ne devrait plus s'appliquer aux terrains excédentaires invendus. Ils ont également contesté la validité du contrat intervenu entre CP et O & Q d'une part et Marathon d'autre part pour les motifs que (1) toute approbation qu'aurait donnée le conseil d'administration d'O & Q à une vente de terrains appartenant à la compagnie, antérieure à 1973, n'avait aucun effet juridique parce que, contrairement au par. 53(2) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2, leurs administrateurs étaient intéressés dans le bail intervenu entre CP et O & Q; (2) CP n'avait pas le droit d'acquérir des actions d'O & Q parce que l'art. 87 de la *Loi sur les chemins de fer* interdit aux compagnies de chemin de fer d'investir leurs fonds dans les actions d'autres compagnies de chemin de fer; et (3) l'avis de convocation de l'assemblée des actionnaires d'O & Q aux fins de confirmer le contrat avec Marathon était insuffisant.

La Haute Cour de l'Ontario a ordonné à CP de verser à O & Q le produit de toutes les ventes de terrains donnés à bail à CP en vertu des trois baux, ce montant devant être calculé selon la juste valeur marchande. La cour a conclu que CP n'avait pas le droit en vertu des baux ou des lois de vendre les terrains excédentaires. La Cour d'appel a conclu que CP avait le pouvoir de vendre en vertu des baux, mais qu'O & Q n'avait que le droit de recouvrer la valeur de son droit réversif sur ses terrains et non celui de recouvrer toute la juste valeur marchande des terrains vendus. La principale question en litige dans ce pourvoi est de savoir si la vente par CP de certains terrains donnés à bail constitue une violation du bail de 1884 qui donnerait à O & Q le droit de le résilier, sous réserve des recours dont pourraient disposer les appelants ou si, de façon subsidiaire, O & Q a le droit de recevoir le produit de la vente des terrains donnés à bail et qui, d'après CP et O & Q, ne sont plus nécessaires à l'exploitation du chemin de fer d'O & Q.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés et les pourvois incidents de l'intimée CP sont accueillis en partie.

(1) *Les baux à perpétuité*

La notion de bail à perpétuité est étrangère à la *common law*. Il n'est toutefois pas nécessaire d'examiner ici la situation de ces baux en *common law* parce que toutes les parties sont convenues que les différentes lois du Canada autorisant les opérations en cause approuvaient en même temps les baux à perpétuité, quoi que dise la *common law* à ce sujet.

(2) *Whether O & Q surplus lands remained subject to the 1884 lease*

Appellants' argument that the O & Q surplus lands should no longer be included in the 1884 lease is unacceptable. CP, in leasing the consolidated railway of O & Q, was leasing the entire operation of O & Q which included both the lands that might thereafter be acquired for railway purposes as well as any lands that might thereafter become surplus to the needs of the railway. There is nothing in the circumstances or in the language of the 1884 lease to indicate that the surplus lands were no longer subject to it.

(3) *Power of sale of surplus lands by lease*

CP acquired the right to sell O & Q surplus lands under the 1884 lease. Clause 11 of the 1884 lease provided that CP had "all the franchises and powers" of O & Q to run the railway and that included O & Q's power to sell surplus lands, a power which O & Q enjoyed pursuant to s. 7.2 of *The Consolidated Railway Act*, 1879, S.C. 1879, c. 9, and later s. 90(c.) of *The Railway Act*, S.C. 1888, c. 29. The object of the 1884 lease and the balance of the lease support that interpretation. The perpetual arrangement between CP and O & Q, whereby CP takes over the entire undertaking of O & Q and thereafter in perpetuity runs the railway with CP's own staff, capital and other resources and for CP's own profit, providing that CP continues to honour its obligations under the lease, could not be undertaken by thinking people without contemplating a flexibility of operations as infinite as the term of the arrangement itself. The 1884 lease itself does not contemplate the original property being returned. Over the years, the content will change. Under clauses 12 and 18, it is not the nature and identity of the property which will be measured on return but rather its good order and working condition.

CP did not require the approval of the O & Q Board of Directors for any of these sales. The O & Q's by-law, enacted after the execution of the 1884 lease, which provides that "no deed of sale or conveyance of any real property of the company shall be made until it has been expressly authorized by vote of the Board of Directors" cannot affect the legal rights acquired by CP under the 1884 lease.

The holders of debentures issued by O & Q have no claim against CP and O & Q for the diminution of their properties because of the sales of surplus lands made

(2) *Assujettissement des terrains excédentaires d'O & Q au bail de 1884*

L'argument des appelants que les terrains excédentaires d'O & Q échappent à l'application du bail de 1884 est inacceptable. CP, en prenant à bail la ligne de chemin de fer fusionnée d'O & Q, prenait l'ensemble de l'entreprise d'O & Q, ce qui comprenait à la fois les terrains qui pourraient par la suite être acquis aux fins du chemin de fer et tous ceux dont on pourrait un jour ne plus avoir besoin à ces fins. Ni les termes ni les circonstances du bail de 1884 n'indiquent que les terrains excédentaires n'y sont plus assujettis.

(3) *Pouvoir de vendre les terrains excédentaires conféré par un bail*

CP a acquis le droit de vendre les terrains excédentaires d'O & Q en vertu du bail de 1884. La clause 11 du bail de 1884 dispose que CP a «tous les privilèges et pouvoirs» de O & Q relativement à l'exploitation du chemin de fer et cela comprend le pouvoir d'O & Q de vendre les terrains excédentaires, pouvoir qui avait été conféré à cette dernière par le par. 7.2 de l'*Acte refondu des chemins de fer*, 1879, S.C. 1879, chap. 9, et plus tard par l'al. 90(c.) de l'*Acte des chemins de fer*, S.C. 1888, chap. 29. L'objet du bail de 1884 et les autres termes du bail appuient cette interprétation. Le contrat à perpétuité intervenu entre O & Q et CP, en vertu duquel cette dernière acquiert la totalité de l'entreprise d'O & Q et par la suite exploite le chemin de fer à perpétuité en se servant de son propre personnel et de ses propres capitaux et autres moyens, le tout à son profit, pourvu qu'elle continue à respecter ses obligations en vertu du bail, n'a pas pu être signé par des personnes réfléchies qui n'auraient pas envisagé une souplesse d'exploitation aussi infinie que la durée du contrat lui-même. Le bail de 1884 lui-même n'envisage pas la remise des biens initialement cédés. Le contenu du chemin de fer est appelé à changer au cours des ans. En vertu des clauses 12 et 18, lorsque les biens seront rendus, on ne vérifiera pas leur nature, ni s'il s'agit des mêmes biens; on vérifiera plutôt s'ils sont en bon état.

CP n'avait pas à obtenir l'approbation du conseil d'administration d'O & Q pour aucune de ces ventes. Le règlement d'O & Q adopté après la signature du bail de 1884 portant qu'«aucun acte de vente ni aucune cession de biens immeubles appartenant à la compagnie ne sera signé tant qu'il n'aura pas été expressément approuvé par un vote du conseil d'administration» ne change rien aux droits conférés à CP par le bail de 1884.

Les porteurs de débentures émises par O & Q n'ont aucune réclamation contre CP et O & Q à cause de la diminution de leurs biens par suite des ventes de ter-

under the 1884 lease. There are several indications in the lease, the 1884 *Act respecting the Ontario and Quebec Railway Company* and the indenture between O & Q and CP with reference to the issuance of the debenture stock that the "first lien and charge" upon O & Q's property is a floating charge securing the debenture stock and operative only upon crystallization of that charge by default. Since disposal of surplus lands is not a breach of the conditions surrounding the issuance of the debenture and since the interest has been paid as accrued, nothing has occurred in law to crystallize the floating charge and cause it to descend upon the lands of O & Q. There was thus clearly no cause of action against CP or O & Q by reason of these sales. CP acquired the power of sale under the 1884 lease and a floating charge could not operate so as to restrict this power of sale or affect the condition of the title of the land sold.

Finally, although it seems that CP also had under the perpetual leases the power to sell the surplus lands of WOP and TG & B, there is no need to determine the issue since there is no claim by WOP or TG & B in these proceedings with respect to their respective lands sold by CP.

(4) *Power of sale by statute*

CP may sell and cause O & Q to join in the sale of the surplus lands pursuant to the *Act respecting the Canadian Pacific Railway Company*, S.C. 1891, c. 70 (the "1891 CP Act"). Section 2 of this Act authorized CP to sell and convey free from incumbrance any of its surplus lands providing the proceeds of sale are reinvested in rolling stock or equipment or in "such permanent improvements" as CP may deem expedient. CP may also join any other company "whose railway forms part of the [CP] system" for the sale of the surplus lands of that other company "in like manner". The advantage accorded to CP over and above its general power of sale of surplus lands under s. 7.2 of *The Consolidated Railway Act*, 1879 and thereafter s. 90(c.) of *The Railway Act* of 1888 is that this provision permits the delivery of a clear title to the purchaser. The O & Q debenture stock constitutes a "first lien and charge" over O & Q's property and is an "incumbrance" within the meaning of the 1891 CP Act, and CP fulfilled all the requirements of s. 2 of the Act because the proceeds from the sales of surplus lands were all reinvested in the O & Q Railway. Section 2 of the 1891 CP Act does not impose any requirement of board approval of any sales under the statute and given the general control which CP exercised

rains excédentaires effectuées en vertu du bail de 1884. On retrouve dans le bail, dans l'Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec de 1884 ainsi que dans l'acte constatant l'émission des actions-débetures intervenu entre O & Q et CP, plusieurs indications que la «première charge et redevance» sur les biens d'O & Q constitue une charge flottante garantissant l'action-débeture et ne jouant qu'au moment de la cristallisation de cette charge lors du défaut du débiteur. Comme l'aliénation des terrains excédentaires ne viole pas les conditions entourant l'émission de la débeture et comme l'intérêt couru a toujours été payé, rien ne s'est produit, en droit, qui puisse cristalliser la charge flottante et lui faire grever les terrains d'O & Q. Il n'y a donc de toute évidence aucune cause d'action contre CP ou O & Q en raison de ces ventes. CP a acquis le pouvoir de vente en vertu du bail de 1884 et une charge flottante ne saurait jouer de manière à restreindre ce pouvoir de vente ni à grever le titre du terrain vendu.

Enfin, bien qu'il semble que CP ait également eu en vertu des baux à perpétuité le pouvoir de vendre les terrains excédentaires de POO et de TG & B, il n'est pas nécessaire de trancher cette question puisque POO et TG & B n'ont présenté aucune réclamation en l'espèce à l'égard de leurs terrains respectifs vendus par CP.

(4) *Pouvoir de vente conféré par la loi*

CP peut vendre les terrains excédentaires en vertu de l'Acte concernant la Compagnie de chemin de fer Canadien du Pacifique, S.C. 1891, chap. 70 (la «Loi de 1891 concernant CP») et obliger O & Q à participer à la vente. En vertu de l'art. 2 de cette loi, CP était autorisée à vendre et à transporter, libre de toute redevance, tout terrain excédentaire pourvu que le produit de la vente soit réinvesti en matériel roulant et en équipement ou en «telles améliorations permanentes» selon ce qu'elle juge à propos. CP peut procéder de la même façon à l'égard d'autres compagnies «dont le chemin de fer forme partie du système de [CP]». L'avantage accordé à CP en sus de son pouvoir général de vente des terrains excédentaires, en vertu du par. 7.2 de l'Acte des chemins de fer, 1879 puis en vertu de l'al. 90(c.) de l'Acte des chemins de fer de 1888 tient dans la possibilité de conférer un titre clair à l'acheteur. L'action-débeture d'O & Q constitue une première «charge et redevance» sur les biens d'O & Q et est une «redevance» au sens de la Loi de 1891 concernant CP, et CP a respecté toutes les conditions de l'art. 2 de cette loi, le produit de la vente des terrains excédentaires ayant été entièrement réinvesti dans le réseau de chemin de fer d'O & Q. L'article 2 de la Loi de 1891 concernant CP ne requiert pas l'approbation du conseil pour les

over O & Q under the 1884 lease it was not necessary for CP to secure the approval of the O & Q Board of Directors for any of these sales. Therefore, with respect to sales made pursuant to s. 2 of the *1891 CP Act*, the O & Q debenture holders have no claim against CP or O & Q.

(5) *Abandonment*

The abandonment of two rail lines by CP in the course of operating the O & Q railway system, approved by the proper authorities, did not amount to a breach of the 1884 lease. CP continued to operate the O & Q railway system "efficiently" after these lines were abandoned as required by clause 12 of the lease. Given a reasonable and practical interpretation, clause 12 burdens the lessee with the efficient conduct of the operation of this railway in a manner consistent with the changing commercial and technological conditions and with the interest of the community being served.

(6) *The Marathon Sale*

CP clearly enjoys the power of sale over the O & Q surplus lands and there is no legal impediment that would prevent CP from selling them according to the procedure employed in the Marathon transaction. The condition of the title to the lands in Marathon will be the same if the sale is completed in accordance with the 1884 lease provisions, given that the claim of the debenture stockholders is in law a floating charge which has not, at the time of the completion of the sale, become crystallized into a specific charge on these lands, or in compliance with s. 2 of the *1891 CP Act*.

Appellants' contentions challenging the validity of the Marathon agreement, namely, the lack of an independent board, CP's acquisition of O & Q shares, and the alleged inadequacy of the notice of the O & Q shareholders meeting, must be dismissed. Given that CP is entitled to sell O & Q's surplus lands even without the approval of the O & Q Board, it cannot be argued that the Marathon transaction involves any oppressive conduct or discrimination on the part of CP which might constitute a fraud upon the minority shareholders of O & Q. The Marathon agreement, which was duly executed and confirmed by the appropriate corporate authorities, is therefore binding upon all the parties and must be carried out according to its terms.

ventes effectuées en vertu de cette loi et, compte tenu du contrôle général qu'exerçait CP sur O & Q en vertu du bail de 1884, il n'était pas nécessaire que CP obtienne l'approbation du conseil d'administration d'O & Q pour aucune de ces ventes. Par conséquent, quant aux ventes faites en application de l'art. 2 de la *Loi de 1891 concernant CP*, les porteurs de débenture d'O & Q n'ont aucune réclamation contre CP ou O & Q.

b (5) *L'abandon*

Les abandons de lignes de chemin de fer par CP au cours de son exploitation du réseau d'O & Q, autorisés par les autorités compétentes, n'équivalaient pas à une violation du bail de 1884. CP a continué, après ces abandons, à exploiter le réseau de chemin de fer d'O & Q «efficacement», comme le requiert la clause 12 du bail. Selon une interprétation raisonnable et pratique, la clause 12 oblige la preneuse à rentabiliser ce chemin de fer, en respectant les changements intervenus dans les conditions technologiques et commerciales et les intérêts des collectivités desservies.

e (6) *La vente à Marathon*

CP jouit manifestement d'un pouvoir de vente sur les terrains excédentaires d'O & Q et il n'y a aucun obstacle légal pouvant l'empêcher de les vendre, conformément à la procédure utilisée dans l'opération Marathon. L'état du titre sur les terrains vendus à Marathon sera le même si la vente est effectuée conformément aux stipulations du bail de 1884, étant donné que la créance des porteurs d'actions-débentures est, en droit, une charge flottante non cristallisée à l'époque de la vente en une charge déterminée grevant les terrains, ou conformément à l'art. 2 de la *Loi de 1891 concernant CP*.

Les prétentions des appelants contestant la validité du contrat Marathon, savoir, l'absence d'un conseil indépendant, l'acquisition par CP d'actions d'O & Q et l'insuffisance alléguée de l'avis de convocation de l'assemblée des actionnaires d'O & Q, doivent être rejetées. Compte tenu que CP est autorisée à vendre les terrains excédentaires d'O & Q, même sans l'approbation du conseil de cette dernière, on ne peut soutenir que l'opération Marathon présente quelque comportement oppressif ou discriminatoire de la part de CP susceptible de constituer un dol à l'endroit des actionnaires minoritaires d'O & Q. Le contrat Marathon, dûment signé et confirmé par les autorités compétentes des compagnies, lie donc toutes les parties et ses conditions doivent être respectées.

(7) *Reversionary interest of O & Q*

O & Q is not entitled to recover its reversionary interest in the lands sold by CP either under the 1884 lease or the 1891 CP Act. There is no basis in law or equity for diverting funds from a commercial transaction consciously and validly undertaken by the lessee into the corporate shell of O & Q. Under the lease, CP was clearly entitled to all the funds arising from the operation of the O & Q Railway—including the proceeds from the sale of surplus lands—providing, of course, that CP continues to honour its obligations under the lease. The intention of the parties was clearly to grant to CP the entire operation of O & Q and the efficacy of the lease does not require that additional terms be implied with respect to the reversionary interest of O & Q.

Where the sale proceeds are realized under s. 2 of the 1891 CP Act, reinvestment of the sale proceeds must take place, and the reversionary interest is by statute considered to be restored and no further entitlement is provided for the holders of securities or other interests in the railway. As the statute gives no further recourse or relief to the holder of an incumbrance, it is difficult to see how equity can in principle provide a remedy for O & Q as the lessor and the holder of the reversionary interest or for its common shareholders.

Cases Cited

Referred to: *Doe d. Robertson v. Gardiner* (1852), 12 C.B. 319; *Sevenoaks, Maidstone & Tunbridge Railway Co. v. London, Chatham & Dover Railway Co.* (1879), 11 Ch. D. 625; *Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386; *Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.*, [1900] 2 Ch. 352; *Phoenix Ins. Co. of Hartford v. New York & Harlem R. Co.*, 59 F.(2d) 962 (2d Cir. 1932); *In re Penn Central Transportation Co.*, 354 F. Supp. 717 (E. D. Pa. 1972), rev'd on other grounds 484 F.2d 323 (3d Cir. 1973); *Beardman v. Wilson* (1868), L.R. 4 C.P. 57; *Hicks v. Downing* (1696), 1 Ld. Raym. 99, 91 E.R. 962; *Wollaston v. Hakewill* (1841), 3 Man. & G. 297, 133 E.R. 1157; *Milmo v. Carreras*, [1946] K.B. 306; *Clark v. Raynor* (1922), 65 D.L.R. 425; *Evans v. Evans* (1853), 22 L.J. Ch. 785; *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *The Moorcock* (1889), 14 P.D. 64.

Statutes and Regulations Cited

Act further to amend the Act respecting the Canadian Pacific Railway Company, S.C. 1887, c. 56.
Act respecting the Canadian Pacific Railway, S.C. 1881, c. 1, ss. 17, 25.

(7) *Le droit réversif d'O & Q*

O & Q n'a pas droit au recouvrement de la valeur de son droit réversif sur les terrains vendus par CP soit en vertu du bail de 1884 soit en vertu de la *Loi de 1891 concernant CP*. Il n'y a ni en *common law* ni en *equity* aucune raison de verser dans la compagnie de façade O & Q les fonds provenant d'une opération commerciale valable dans laquelle la preneuse s'est engagée consciemment. Suivant le bail, CP a manifestement droit à la totalité des fonds tirés de l'exploitation du chemin de fer d'O & Q, y compris le produit de la vente des terrains excédentaires, pourvu, bien entendu, qu'elle continue à s'acquitter des obligations que lui impose le bail. Clairement, l'intention des parties a été de céder à CP toute la charge d'exploiter le chemin de fer d'O & Q et l'efficacité du bail ne tient pas à l'introduction de termes implicites supplémentaires se rapportant au droit réversif d'O & Q.

Lorsqu'il s'agit d'une vente faite en vertu de l'art. 2 de la *Loi de 1891 concernant CP*, le produit de la vente doit être réinvesti et le droit réversif est alors, de par la Loi, considéré comme rétabli et les titulaires de titres mobiliers ou d'autres droits sur le chemin de fer n'ont droit à rien d'autre. Comme la Loi n'accorde au titulaire d'une redevance aucun autre recours ou redressement, on conçoit mal que l'*equity* puisse en principe offrir un recours quelconque à O & Q en sa qualité de bailleuse et de titulaire du droit réversif ou à ses actionnaires ordinaires.

f Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Doe d. Robertson v. Gardiner* (1852), 12 C.B. 319; *Sevenoaks, Maidstone & Tunbridge Railway Co. v. London, Chatham & Dover Railway Co.* (1879), 11 Ch. D. 625; *Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386; *Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.*, [1900] 2 Ch. 352; *Phoenix Ins. Co. of Hartford v. New York & Harlem R. Co.*, 59 F.(2d) 962 (2d Cir. 1932); *In re Penn Central Transportation Co.*, 354 F. Supp. 717 (E.D. Pa. 1972), inf. pour d'autres motifs 484 F.2d 323 (3d Cir. 1973); *Beardman v. Wilson* (1868), L.R. 4 C.P. 57; *Hicks v. Downing* (1696), 1 Ld. Raym. 99, 91 E.R. 962; *Wollaston v. Hakewill* (1841), 3 Man. & G. 297, 133 E.R. 1157; *Milmo v. Carreras*, [1946] K.B. 306; *Clark v. Raynor* (1922), 65 D.L.R. 425; *Evans v. Evans* (1853), 22 L.J. Ch. 785; *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *The Moorcock* (1889), 14 P.D. 64.

Lois et règlements cités

Act respecting the Credit Valley Railway Company, S.O. 1882-83, chap. 50, art. 1.
Act to Incorporate the Credit Valley Railway Company, S.O. 1870-71, chap. 38.

- Act respecting the Canadian Pacific Railway Company*, S.C. 1883, c. 55.
- Act respecting the Canadian Pacific Railway Company*, S.C. 1891, c. 70, s. 2.
- Act respecting the Credit Valley Railway Company*, S.O. 1882-83, c. 50, s. 1.
- Act respecting the Ontario and Quebec Railway Company*, S.C. 1884, c. 61, ss. 1, 4, 8.
- Act respecting the Ontario and Quebec Railway Company*, S.C. 1887, c. 62, s. 1.
- Act respecting the Ontario and Quebec Railway Company*, S.C. 1888, c. 53, s. 2, schedule.
- Act to amend an Act to incorporate the Ontario and Quebec Railway Company*, S.C. 1883, c. 58.
- Act to amend the Canadian Pacific Railway Act, 1889, and for other purposes*, S.C. 1890, c. 47, s. 6.
- Act to confirm the lease of the Ontario and Quebec Railway to the Canadian Pacific Railway Company, and for other purposes*, S.C. 1884, c. 54, s. 2.
- Act to incorporate the Atlantic North-West Railway Company*, S.C. 1879, c. 65.
- Act to incorporate the Canada Central Railway Company, and to amend the Act, intituled: An Act to provide for and encourage the construction of a Railway from Lake Huron to Quebec (1861)*, 24 Vict., c. 80 (Prov. Can.)
- Act to Incorporate the Credit Valley Railway Company*, S.O. 1870-71, c. 38.
- Act to incorporate the Ontario and Quebec Railway Company*, S.C. 1871, c. 48.
- Act to incorporate the Ontario and Quebec Railway Company*, S.C. 1881, c. 44, ss. 2, 3, 14, 15, 19, 30.
- Act to Incorporate the Toronto, Grey and Bruce Railway Company*, S.O. 1868, c. 40, ss. 2, 3, 29.
- Act to incorporate the West Ontario Pacific Railway Company*, S.C. 1885, c. 87, s. 2.
- Civil Code*, art. 1593.
- Consolidated Railway Act*, 1879, S.C. 1879, c. 9, ss. 7.2, 21.3.
- Landlord and Tenant Act*, R.S.O. 1980, c. 232, s. 3.
- Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, s. 46.
- Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 53(2), 87.
- Railway Act*, S.C. 1888, c. 29, s. 90(c.), (p.)
- Railway Act*, 1868, S.C. 1868, c. 68.
- Act to Incorporate the Toronto, Grey and Bruce Railway Company*, S.O. 1868, chap. 40, art. 2, 3, 29.
- Acte à l'effet de modifier l'acte constituant la compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec*, S.C. 1883, chap. 58.
- ^a *Acte à l'effet de ratifier le bail du chemin de fer d'Ontario et Québec à la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique, et pour d'autres fins*, S.C. 1884, chap. 54, art. 2.
- Acte concernant la Compagnie du Chemin de fer Canadien du Pacifique*, S.C. 1883, chap. 55.
- ^b *Acte concernant la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique*, S.C. 1891, chap. 70, art. 2.
- Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec*, S.C. 1884, chap. 61, art. 1, 4, 8.
- ^c *Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec*, S.C. 1887, chap. 62, art. 1.
- Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec*, S.C. 1888, chap. 53, art. 2, annexe.
- Acte concernant le chemin de fer Canadien du Pacifique*, S.C. 1881, chap. 1, art. 17, 25.
- ^d *Acte constituant la Compagnie du chemin de fer du Pacifique de l'Ouest d'Ontario*, S.C. 1885, chap. 87, art. 2.
- Acte des chemins de fer*, S.C. 1888, chap. 29, art. 90(c.), (p.)
- ^e *Acte des chemins de fer*, 1868, S.C. 1868, chap. 68.
- Acte modifiant de nouveau l'Acte concernant la Compagnie du chemin de fer Canadien Pacifique*, S.C. 1887, chap. 56.
- Acte modifiant l'Acte du chemin de fer Canadien du Pacifique, 1889, et à d'autres fins*, S.C. 1890, chap. 47, art. 6.
- ^f *Acte pour constituer en corporation la compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec*, S.C. 1871, chap. 48.
- Acte pour constituer en corporation la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec*, S.C. 1881, chap. 44, art. 2, 3, 14, 15, 19, 30.
- ^g *Acte pour incorporer la Compagnie du chemin de fer de l'Atlantique au Nord-Ouest*, S.C. 1879, chap. 65.
- Acte pour incorporer la Compagnie du Chemin de Fer du Canada Central, et pour amender l'acte intitulé: Acte pour pourvoir à la construction d'un chemin de fer depuis le Lac Huron jusqu'à Québec, et l'encourager (1861)*, 24 Vict., chap. 80 (Prov. Can.)
- Acte refondu des chemins de fer*, 1879, S.C. 1879, chap. 9, art. 7.2, 21.3.
- ⁱ *Code civil*, art. 1593.
- Limitations Act*, R.S.O. 1970, chap. 246, art. 46.
- Loi sur la location immobilière*, L.R.O. 1980, chap. 232, art. 3.
- Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 53(2), 87.
- ^j

Authors Cited

Anger and Honsberger Law of Real Property, vol. 1., 2nd ed. By A. H. Oosterhoff and W. B. Rayner. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.

Halsbury's Laws of England, vol. 27, 4th ed. London: Butterworths, 1981.

Williams and Rhodes Canadian Law of Landlord and Tenant, vol. 1, 5th ed. By F. W. Rhodes and Marc Casavan. Toronto: Carswells, 1983.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 35 O.R. (2d) 449, 129 D.L.R. (3d) 1, allowing respondents' appeals and dismissing appellants' cross-appeals from a decision of the Ontario High Court (1979), 22 O.R. (2d) 385, 92 D.L.R. (3d) 545. Appeals dismissed and cross-appeals of the respondent CP allowed in part.

J. Edgar Sexton, Q.C., and *Brian Morgan*, for the appellants *Wotherspoon et al.*

John Sopinka, Q.C., and *Kathryn Chalmers*, for the appellant *Pope*.

Pierre Genest, Q.C., *D. S. Maxwell, Q.C.*, *F. J. C. Newbould, Q.C.*, and *J. D. Marshall*, for the respondent *Canadian Pacific Ltd.*

Pierre Genest, Q.C., for the respondent *Marathon Realty Co.*

John J. Robinette, Q.C., for the respondent *Ontario and Quebec Railway Co.*

L. Yves Fortier, Q.C., *C. W. Lewis, Q.C.*, and *Christine A. Carron*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—

1. General Issues

This appeal takes the Court back into an important chapter in Canadian history, the railway building era of the nineteenth century. Specifically, it calls for an understanding of the legal history of the formation of a large segment of the Canadian Pacific Railway Company (hereinafter "CP") railway system in central Canada. The issue arises out of a complex relationship between CP and the Ontario and Quebec Railway Com-

Doctrines citées

Anger and Honsberger Law of Real Property, vol. 1., 2nd ed. By A. H. Oosterhoff and W. B. Rayner. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.

^a *Halsbury's Laws of England*, vol. 27, 4th ed. London: Butterworths, 1981.

Williams and Rhodes Canadian Law of Landlord and Tenant, vol. 1, 5th ed. By F. W. Rhodes and Marc Casavan. Toronto: Carswells, 1983.

^b POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 35 O.R. (2d) 449, 129 D.L.R. (3d) 1, qui a accueilli les appels des intimées et rejeté les appels incidents des appelants formés contre une décision de la Haute Cour de l'Ontario (1979), 22 O.R. (2d) 385, 92 D.L.R. (3d) 545. Pourvois rejetés et pourvois incidents de l'intimée CP accueillis en partie.

^a *J. Edgar Sexton, c.r.*, et *Brian Morgan*, pour les appelants *Wotherspoon et autres*.

John Sopinka, c.r., et *Kathryn Chalmers*, pour l'appellant *Pope*.

^e *Pierre Genest, c.r.*, *D. S. Maxwell, c.r.*, *F. J. C. Newbould, c.r.*, et *J. D. Marshall*, pour l'intimée *Canadien Pacifique Ltée*.

^f *Pierre Genest, c.r.*, pour l'intimée *Marathon Realty Co.*

John J. Robinette, c.r., pour l'intimée *Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec*.

^g *L. Yves Fortier, c.r.*, *C. W. Lewis, c.r.*, et *Christine A. Carron*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

^h LE JUGE ESTEY—

1. Questions générales

ⁱ Le présent pourvoi amène la Cour à se pencher sur une période importante de l'histoire du Canada, celle de la construction du chemin de fer au dix-neuvième siècle. Plus précisément, ce pourvoi porte sur les aspects juridiques de la formation d'un large secteur du réseau de chemin de fer de la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique (ci-après «CP») dans le Canada central. La question en litige découle des liens complexes qui

pany (hereinafter "O & Q") and a number of affiliated corporations all engaged in pioneering the construction of what became the network of railways operated by CP in parts of Ontario and Quebec. The issues herein are brought to the courts by minority stockholders of O & Q and by the holders of "debenture stock" issued by O & Q in the course of the establishment of the part of the CP railway system mentioned above. The debenture holders, John Turner et al., come to court not as plaintiffs in their own right but as interveners in the minority stockholder actions brought by Joseph Pope and the trustees of the Eaton Retirement Annuity Plan who are suing on behalf of themselves and all other shareholders of O & Q. Turner intervenes in these proceedings on behalf of himself and all holders of the 5 per cent permanent debenture stock issued by O & Q.

The claims advanced by the minority stockholders against CP and O & Q as a nominal defendant, may be generally described as follows:

- (a) an accounting of all the lands and premises leased by O & Q to CP in three leases in 1884, 1887 and 1888 or the proceeds from the allegedly improper disposal of such properties by CP;
- (b) a declaration or an appropriate order with reference to certain of the premises so demised to CP and thereafter conveyed to Marathon Realty Co. Ltd. (hereinafter "Marathon"), a subsidiary of CP, or made subject to an agreement between the CP and Marathon;
- (c) damages against CP and Marathon arising out of the dealings by those corporations in the demised premises;
- (d) an order requiring CP to assign and convey to O & Q such of the demised premises as have

se sont établis entre CP et la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec (ci-après «O & Q») et un certain nombre de sociétés affiliées qui participaient aux débuts de la construction de ce qui allait former le réseau de chemin de fer exploité par CP dans certaines parties de l'Ontario et du Québec. Les questions en litige dans le présent pourvoi ont été soumises à l'examen des tribunaux par des actionnaires minoritaires d'O & Q et par les porteurs d'«actions-débetures» émises par O & Q au cours de la mise en place du secteur du réseau de chemin de fer de CP mentionné plus haut. Les porteurs de débetures, John Turner et autres, sont parties au litige non pas en qualité de demandeurs mais en celle d'intervenants dans les poursuites qu'ont instituées Joseph Pope et les fiduciaires d'Eaton Retirement Annuity Plan, des actionnaires minoritaires d'O & Q qui agissent tant en leur propre nom qu'au nom de tous les autres actionnaires d'O & Q. Monsieur Turner intervient dans cette instance en son propre nom et en celui des porteurs d'actions-débetures permanentes à 5 pour 100 émises par O & Q.

Voici la nature générale des conclusions recherchées par les actionnaires minoritaires en ce qui concerne CP et O & Q, en qualité de défenderesse en nom:

- a) une reddition de compte à l'égard de tous les terrains et lieux donnés à bail par O & Q à CP dans le cadre de trois baux datant de 1884, 1887 et 1888 ou à l'égard du produit de l'aliénation prétendument illégale de ces biens par CP;
- b) un jugement déclaratoire ou une ordonnance concernant certains des terrains ainsi pris à bail par CP et cédés par la suite à Marathon Realty Co. Ltd. (ci-après «Marathon»), une filiale de CP, ou visés par l'accord intervenu entre CP et Marathon;
- c) une ordonnance enjoignant à CP et à Marathon de leur verser des dommages-intérêts en raison des opérations effectuées par ces sociétés concernant les terrains cédés;
- d) une ordonnance enjoignant à CP de céder et de transmettre à O & Q les terrains donnés à

become surplus to the railway requirements of CP;

(e) an order requiring Marathon to convey to O & Q any of the demised lands remaining in the name of Marathon;

(f) an order cancelling the three leases or alternatively a declaration that these leases may, at the option of O & Q, be cancelled;

and generally, remedies in support of the relief claimed as above.

These claims are primarily derivative in form and are advanced by the plaintiffs on behalf of O & Q. The balance of the claims are personal to the plaintiffs and nothing in these proceedings turns upon this distinction.

The intervener, Turner, on behalf of the debenture stockholders, was permitted to intervene and advance arguments in respect of the following assertions:

(a) the debenture stockholders hold a fixed charge on all the property and undertakings of O & Q;

(b) CP has no right in law to sell any of the demised property under the 1884 lease;

(c) the dealings between CP and its subsidiary, Marathon, with reference to part of the demised premises are *ultra vires* both CP and O & Q;

(d) the leases and the rights of the lessor thereunder remain in full force and effect;

(e) CP was not entitled to acquire shares in O & Q, its lessor, or to take over or acquire the undertaking of O & Q.

In this Court we have the very considerable advantage of having had the facts and the law so thoroughly assembled, organized and discussed by Hughes J. at trial in the High Court of Ontario and by Arnup, Zuber and Goodman J.J.A. in the Court of Appeal of Ontario. Their judgments are reported at (1979), 22 O.R. (2d) 385 (H.C.); and

bail dont CP n'a plus besoin pour exploiter son réseau ferroviaire;

e) une ordonnance enjoignant à Marathon de céder à O & Q les terrains donnés à bail qui seraient encore enregistrés au nom de Marathon;

f) une ordonnance résiliant les trois baux ou, subsidiairement, un jugement déclarant que ces baux peuvent être résiliés, à la demande d'O & Q;

et de façon générale, les redressements que le tribunal pourrait accorder dans le cadre du présent recours.

Il s'agit principalement de réclamations dérivées qui sont présentées par les demandeurs au nom d'O & Q. Les autres réclamations sont personnelles aux demandeurs, mais cette distinction ne joue aucun rôle dans le présent pourvoi.

L'intervenant Turner a été autorisé à intervenir au nom des porteurs d'actions-débetures et à présenter des arguments sur les points suivants:

a) les porteurs d'actions-débetures détiennent une charge fixe sur l'entreprise d'O & Q et sur tous ses biens;

b) CP n'est titulaire d'aucun droit lui permettant de vendre les biens visés par le bail de 1884;

c) les opérations intervenues entre CP et sa filiale Marathon concernant une partie des biens donnés à bail excèdent les pouvoirs de CP et d'O & Q;

d) les baux consentis par la bailleuse et les droits qu'ils lui confèrent sont toujours en vigueur;

e) CP n'avait pas le droit d'acquérir des actions d'O & Q, la bailleuse, ni celui de prendre le contrôle de l'entreprise d'O & Q ou d'en faire l'acquisition.

Il convient de noter que le juge Hughes qui a présidé le procès devant la Haute Cour de l'Ontario et les juges Arnup, Zuber et Goodman de la Cour d'appel de l'Ontario ont rassemblé, organisé et examiné de façon très détaillée les faits et les principes juridiques applicables, ce qui facilite d'autant notre tâche. Leurs jugements sont publiés

(1982), 35 O.R. (2d) 449 (C.A.) It is therefore unnecessary to burden the record here with a recitation of the very elaborate and detailed factual history from which the issues herein have arisen. It will be convenient however to refer from time to time to various findings reached and inferences drawn in the courts below and to set forth the salient facts by references to the several judgments below. It is with the greatest respect, not to say reluctance as well, that some conclusions herein-after reached differ from those reached in the courts below.

Before dealing with the findings and conclusions at trial and the judgments in the Court of Appeal, it will be helpful to outline briefly the significant facts in the legal history of the relationships here to be examined.

2. History

(a) *Incorporation of the Principal Railway Companies*

In February 1881, the Parliament of Canada incorporated the Canadian Pacific Railway Company as its first step in reviving the actions theretofore instituted by Canada in fulfilment of its confederating undertaking with the new province of British Columbia which joined the union in 1870, to build a trans-continental railway. Prior to that time efforts made to construct a coast-to-coast railroad had failed and with a view to reviving and completing this project the Government of Canada entered into a contract with certain individuals resident inside and outside Canada for the establishment of a new company and for the financing of that company so as to permit it to resume and complete the construction of a trans-continental railroad. The *Act respecting the Canadian Pacific Railway*, S.C. 1881, c. 1 (hereinafter the "1881 CP Act"), confirmed the agreement between the federal government and George Stephen, Duncan McIntyre et al., as well as the schedule appended to that contract which provided for the constitution of a company which the statute authorized to be incorporated in the name of the Canadian Pacific Railway Company by Order in Council. All this in due course transpired. The contract

à (1979), 22 O.R. (2d) 385 (H.C.) et à (1982), 35 O.R. (2d) 449 (C.A.) Il n'est donc pas utile d'alourdir le dossier en l'espèce par un énoncé détaillé et complet des faits à l'origine des questions en litige. Nous serons néanmoins amenés à mentionner à l'occasion diverses constatations et déductions faites par les tribunaux d'instance inférieure et à présenter les faits saillants de l'espèce en faisant référence aux jugements déjà rendus. C'est avec les plus grands égards, et non sans quelque hésitation aussi, que certaines de nos conclusions diffèrent de celles des tribunaux d'instance inférieure.

Avant d'examiner les conclusions et les constatations du juge du procès et les motifs de jugement de la Cour d'appel, il serait utile de rappeler brièvement les faits saillants de l'évolution des rapports juridiques soumis à notre examen.

2. Historique

a) *La constitution en société des principales compagnies de chemin de fer*

En février 1881, le Parlement du Canada constituait en société la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique, reprenant ainsi les efforts faits jusque-là par le Canada pour respecter l'engagement confédératif de construire un chemin de fer transcontinental, engagement contracté avec la nouvelle province de la Colombie-Britannique lorsqu'elle s'est jointe à l'Union en 1870. Jusque-là, les efforts consacrés à la construction d'un chemin de fer transcontinental n'avaient pas abouti et le gouvernement du Canada, désireux de reprendre et de terminer ce projet, conclut un contrat avec des personnes résidant au Canada et à l'extérieur du Canada pour la création et le financement d'une nouvelle société qui devait se charger de reprendre et de terminer la construction d'un chemin de fer transcontinental. L'*Acte concernant le chemin de fer Canadien du Pacifique*, S.C. 1881, chap. 1 (ci-après la «*Loi de 1881 concernant CP*»), ratifiait le contrat intervenu entre le gouvernement fédéral et MM. George Stephen, Duncan McIntyre et d'autres personnes ainsi que l'annexe jointe à ce contrat qui prévoyait la création d'une compagnie que la loi autorisait à être constituée par décret sous le nom de Compagnie du chemin de fer

concerns itself principally with the construction of the main line from Lake Nipissing in Northern Ontario to Port Moody in British Columbia, parts of which were at the time of the agreement in 1881 completed or in the course of construction. The plan was to complete all such construction by May 1891. It is of more than passing significance that the standard to which the railway was to be built was that of the Union Pacific Railroad of the United States when first constructed. While the contract is exclusively devoted to the construction of the line from Lake Nipissing to British Columbia, the charter of the company provided for the acquisition and the construction of the other main and branch lines which would constitute the entire railway to be known as "The Canadian Pacific Railway". The general provisions of *The Consolidated Railway Act*, 1879, S.C. 1879, c. 9, that were not inconsistent with the terms of the CP charter were incorporated by reference into the *1881 CP Act* (s. 17). The charter goes on to provide that CP may purchase or acquire by lease or otherwise any line of railway from the city of Ottawa to navigable water on the Atlantic seaboard or that CP may acquire running powers over any such railways. These provisions plus a general provision providing for reasonable facilities for linking up with other railroads constitute the plan envisaged by the *1881 CP Act* and the appended proposed charter for the company for the establishment of a railroad, both by construction and by acquisition, from the Atlantic to the Pacific.

One month later the Ontario and Quebec Railway Company was reincorporated (*Act to incorporate the Ontario and Quebec Railway Company*, S.C. 1881, c. 44 (hereinafter the "*1881 O & Q Act*")), the original having been established by an earlier Act in 1871 (S.C. 1871, c. 48). The company was, by its 1881 incorporating statute, authorized to construct and operate railroads from the city of Toronto through south central Ontario to the city of Ottawa and thence into the Province of Quebec to join up with railroads in that prov-

Canadien du Pacifique. Ces faits furent connus en temps utile. Le contrat portait principalement sur la construction d'une ligne principale reliant le lac Nipissing dans le nord de l'Ontario et Port Moody en Colombie-Britannique, dont certaines parties étaient au moment de l'accord de 1881 en construction ou terminées. Les travaux devaient être achevés pour le mois de mai 1891. Il y a lieu de noter que la norme selon laquelle le chemin de fer devait être construit était celle du Union Pacific Railroad des États-Unis, tel qu'il était construit à l'origine. Le contrat portait exclusivement sur la construction de la ligne reliant le lac Nipissing à la Colombie-Britannique, mais la charte de la compagnie prévoyait l'acquisition et la construction d'une autre ligne principale et d'embranchements qui devaient constituer ensemble ce que l'on allait appeler «le chemin de fer du Canadien Pacifique». Les dispositions générales de l'*Acte refondu des chemins de fer*, 1879, S.C. 1879, chap. 9, qui n'étaient pas incompatibles avec les termes de la charte de CP furent insérées par renvoi dans la *Loi de 1881 concernant CP* (art. 17). La charte autorisait également CP à acheter ou à prendre à bail ou autrement des lignes de chemin de fer entre la ville d'Ottawa et les eaux navigables du littoral atlantique ou à acquérir des droits d'utilisation sur ces lignes. Ces dispositions auxquelles venait s'ajouter une disposition générale prévoyant la construction d'installations de raccordement à d'autres lignes de chemin de fer précisaient les grandes lignes du projet conçu par la *Loi de 1881 concernant CP* et par le projet de charte annexé prévoyant la création d'une compagnie chargée d'établir un chemin de fer reliant l'Atlantique au Pacifique, tant par l'acquisition que par la construction des lignes de chemin de fer nécessaires au projet.

Un mois plus tard, la Compagnie du chemin de fer de l'Ontario et Québec était à nouveau constituée en société (*Acte pour constituer en corporation la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec*, S.C. 1881, chap. 44 (ci-après la "*Loi de 1881 constituant O & Q*")), la première compagnie ayant été créée par une loi de 1871 (S.C. 1871, chap. 48). En vertu de sa loi constitutive de 1881, cette compagnie était autorisée à construire et à exploiter une ligne de chemin de fer qui reliait Toronto à Ottawa en passant par le sud de l'Onta-

ince. More specifically, the statute empowered O & Q to enter into agreements with enumerated railroads for the purpose of amalgamation with or acquisition of those railways or for the leasing of their lines, all for the purpose of establishing a through railway from Toronto to Ottawa (1881 O & Q Act, s. 19).

Sometime earlier, in 1868, the Province of Ontario incorporated by statute (S.O. 1868, c. 40) the Toronto, Grey & Bruce Railway Company (hereinafter "TG & B") which figures prominently in the unfolding story of the establishment of the CP system. Generally that company was empowered to construct a railroad from the city of Toronto north-westward to Southampton on Lake Huron and Owen Sound on Georgian Bay (s. 3). In section 2, the company was given certain powers by incorporating the provisions of *The Railway Act*, 1868, S.C. 1868, c. 68, and was specifically given the power to acquire such lands as may be necessary for the building and operation of the railway together with the power to sell any such lands from time to time "as they may deem expedient" (s. 29).

In the year 1885 the Parliament of Canada established by special Act (S.C. 1885, c. 87) the West Ontario Pacific Railway Company (hereinafter "WOP"). This company was authorized to construct railways between Sarnia and a point on Lake Erie, with a branch line to Ingersoll or Woodstock, Ontario (s. 2). Other companies who participated in the formation of a rail network in central Canada included the Atlantic & Northwest Railway Company (hereinafter "A & NW") incorporated in 1879 by Parliament (S.C. 1879, c. 65); the Credit Valley Railway Company incorporated by the Province of Ontario in 1870 (S.O. 1870-71, c. 38); and the Canada Central Railway Company incorporated by Act of Parliament in 1861 (24 Vict., c. 80 (Prov. Can.)). The latter company established a railroad from eastern Lake Ontario at Brockville through Ottawa and up the Ottawa Valley. In June 1881 this company was

rio central et qui se prolongerait au Québec pour se raccorder au réseau de chemin de fer de cette province. Plus précisément, cette loi autorisait O & Q à conclure des contrats avec certaines compagnies de chemin de fer énumérées dans le but de fusionner avec elles, d'acquérir ou de louer leurs lignes de chemin de fer, afin d'établir une liaison directe entre Toronto et Ottawa (*Loi de 1881 constituant O & Q*, art. 19).

Quelque temps auparavant, en 1868, la province de l'Ontario avait adopté une loi (S.O. 1868, chap. 40) constituant en société la Compagnie du chemin de fer de Toronto, Grey & Bruce (ci-après «TG & B») qui joua un rôle dominant dans la création du réseau de CP. D'une façon générale, cette compagnie avait reçu le pouvoir de construire une ligne de chemin de fer à partir de Toronto en direction nord-ouest vers Southampton sur le lac Huron et jusqu'à Owen Sound sur la baie Georgienne (art. 3). L'article 2 de cette loi conférait à cette compagnie certains pouvoirs en insérant par renvoi les dispositions de l'*Acte des chemins de fer*, 1868, S.C. 1868, chap. 68, et une autre disposition, l'art. 29, lui accordait expressément le pouvoir d'acquérir les terrains dont elle pourrait avoir besoin pour la construction et l'exploitation de son chemin de fer, ainsi que celui de vendre ces terrains [TRADUCTION] «selon qu'elle le juge utile».

En 1885, le Parlement du Canada créa par une loi spéciale (S.C. 1885, chap. 87) la Compagnie du chemin de fer du Pacifique de l'Ouest d'Ontario (ci-après «POO»). Cette compagnie était autorisée à construire une ligne de chemin de fer entre Sarnia et un point situé sur le lac Érié, avec un embranchement en direction d'Ingersoll ou de Woodstock (Ontario) (art. 2). Parmi les compagnies qui ont également participé à la formation d'un réseau de chemin de fer dans le Canada central figurent la Compagnie du chemin de fer de l'Atlantique au Nord-Ouest (ci-après «A & NO») constituée en société par le Parlement en 1879 (S.C. 1879, chap. 65), la Compagnie du chemin de fer de Credit-Valley constituée en société par la province d'Ontario en 1870 (S.O. 1870-71, chap. 38), et la Compagnie du Chemin de Fer du Canada Central créée par une loi du Parlement de 1861 (24 Vict., chap. 80 (Prov. Can.)) Cette der-

amalgamated with CP (pursuant to s. 25 of the 1881 CP Act) and its line was immediately completed to Callander, Ontario its western terminus. This was the point of commencement of the CP western main line to British Columbia.

These are the principal corporate players in the opening of the 1880s and the modern version of the Canadian Pacific Railway was pulled together from these and other segments of railways to form a trans-continental railway system. It is interesting to note that in the various statutes of incorporation other companies in the group are mentioned as ones with whom arrangements through ownership, lease, running rights, etc. were in contemplation. On the revival of the O & Q, one of the incorporators, Duncan McIntyre, was a Director of CP and was an original incorporator of both CP and O & Q. Much more significantly, as is pointed out by Hughes J. at p. 406, only 500 of the 10 000 shares issued by O & Q were held by persons not representing other railroads "in or about to be brought into the orbit of the Canadian Pacific Railway". From the outset the majority of the O & Q shares were held by McIntyre, George Stephen and others associated with them. They were amongst the leading movers in CP from its incorporation onwards. The first Board of Directors of the reincorporated O & Q included these gentlemen. Mr. Stephen and Mr. McIntyre nominated Sir Edmund Osler as the first President of the O & Q in 1881. He became a director of CP in 1885 and served as President until 1912. A similar linkage can be traced to the personnel on the boards of or holding senior offices in A & NW and Credit Valley. The O & Q Board in turn had one director in common with TG & B.

nière compagnie construisit une ligne de chemin de fer qui reliait Brockville, sur la côte est du lac Ontario, à Ottawa et qui remontait ensuite la vallée de l'Outaouais. En juin 1881, cette compagnie fusionna avec CP (conformément à l'art. 25 de la *Loi de 1881 concernant CP*) et sa ligne fut immédiatement prolongée jusqu'à Callander (Ontario) son terminus occidental. C'est là que commençait la ligne principale occidentale de CP vers la Colombie-Britannique.

Voilà donc les principales compagnies qui ont joué un rôle actif dans ce domaine au début des années 1880; la version moderne du chemin de fer du Canadien Pacifique a été mise en place à partir de ces lignes de chemin de fer, auxquelles d'autres sont venues s'ajouter pour former un réseau ferroviaire transcontinental. Il est intéressant de noter que les diverses lois constitutives mentionnent d'autres compagnies du même groupe avec lesquelles on envisageait de conclure des conventions en matière de propriété, de bail, de droit d'utilisation, etc. Au moment de la reprise des activités d'O & Q, un de ses membres fondateurs, M. Duncan McIntyre, était un administrateur de CP et un des membres fondateurs de CP et d'O & Q. Le juge Hughes mentionne, à la p. 406, un fait encore beaucoup plus important, savoir que seules 500 des 10 000 actions émises par O & Q étaient détenues par des personnes qui ne représentaient pas des compagnies de chemin de fer [TRADUCTION] «déjà entraînées dans l'orbite du chemin de fer du Canadien Pacifique ou sur le point de l'être». Dès le départ, MM. McIntyre, George Stephen et d'autres personnes associées à eux détenaient la majorité des actions d'O & Q. Ce sont eux qui ont été les têtes dirigeantes de CP dès sa constitution en compagnie. Le premier conseil d'administration d'O & Q nouvellement constituée regroupait toutes ses personnes. MM. Stephen et McIntyre nommèrent sir Edmund Osler au poste de premier président d'O & Q en 1881. Il fut nommé administrateur de CP en 1885 et exerça les fonctions de président jusqu'en 1912. Il est possible de retracer des liens comparables avec les membres des conseils d'administration d'A & NO et de Credit-Valley et les personnes détenant des postes de cadre dans ces compagnies. Le conseil d'O & Q comprenait un administrateur qui siégeait également au conseil de TG & B.

The legal procedures and instruments adopted in the building of local and regional railways in the 1800s were quite different than those in vogue in Canada today for the organization of similar commercial ventures. The leasing of railways for example was the most common procedure in those times, perhaps because of practices of that day in the United States. The main purpose of these activities was to provide, for the first time, transportation between principal settled areas. Existing pieces of rail lines were linked together where possible. Gaps between local lines were filled by new construction. There seemed to be no emphasis on direct routes or speedy connections. The arrangements for completion of the necessary construction were most informal. As shall be seen, the actual work entailed was left to CP and its engineering staff without regard to the railway company in whose name the work was in law undertaken. Financial arrangements likewise devolved upon CP and in the end, those who provided the money for all these undertakings held securities issued or effectively granted by CP.

Immediately upon the incorporation of CP and the incorporation of O & Q one month later, a series of steps was taken to establish a railway network in Ontario, filling the gap between the main line of CP to be constructed under its Act of incorporation from Callander, Ontario west to British Columbia and the lines running from Ottawa eastward into Quebec and beyond.

In 1881 the amalgamation of CP and Canada Central Railway was completed. In 1883 the following steps were taken:

1. O & Q amalgamated with Credit Valley (pursuant to s. 19, *1881 O & Q Act*, an Act of Parliament, and s. 1, S.O 1882-83, c. 50, an Act of the Province of Ontario) which in the mean-

Les documents et les moyens juridiques utilisés pour la construction des lignes de chemin de fer locales et régionales dans les années 1800 étaient fort différents de ceux qu'on utilise à l'heure actuelle au Canada pour mettre sur pied des projets commerciaux de nature comparable. Le bail de lignes de chemin de fer était à cette époque la façon de procéder la plus courante, peut-être parce qu'il s'agissait d'une pratique largement utilisée aux États-Unis. Ces activités avaient principalement pour but d'offrir, pour la première fois, un moyen de transport entre les principaux centres de colonisation. On reliait entre elles, dès que cela était possible, les lignes de chemin de fer existantes. La jonction entre les lignes locales était assurée par de nouveaux tronçons. On ne semblait pas accorder une grande importance à l'établissement de lignes directes ou de liaisons rapides. Les arrangements conclus pour l'achèvement des travaux nécessaires étaient tout à fait informels. Comme nous le verrons, les travaux à effectuer étaient confiés à CP et à ses ingénieurs sans que l'on attache une grande importance à l'identité exacte de la compagnie de chemin de fer pour laquelle les travaux étaient entrepris. Les arrangements financiers étaient eux aussi confiés à CP et, vers la fin de cette période, les personnes qui fournissaient les fonds nécessaires à ces travaux détenaient des titres émis par CP ou concédés en fait par elle.

On prit toute une série de mesures dès la constitution en compagnie de CP, et celle d'O & Q un mois plus tard, en vue de mettre sur pied un réseau de chemin de fer en Ontario qui relierait la ligne principale de CP qui devait être construite en vertu de sa loi constitutive à partir de Callander (Ontario) et se poursuivre vers l'ouest jusqu'en Colombie-Britannique avec des lignes partant d'Ottawa vers l'est, vers le Québec et au-delà.

En 1881, la fusion de CP et de la Compagnie du Chemin de fer du Canada Central fut complétée. En 1883, les mesures suivantes furent prises:

1. O & Q fusionna avec Credit-Valley (en vertu de l'art. 19 de la *Loi de 1881 constituant O & Q*, une loi du Parlement, et de l'art. 1, S.O. 1882-83, chap. 50, une loi de la province d'Ontario) qui avait acquis entre temps un bail de 999 ans sur une ligne de chemin de fer apparte-

- time had acquired a 999-year lease to a railway line from London Junction Railway;
2. CP sold to O & Q its line from Perth to Smiths Falls;
 3. O & Q leased from TG & B for a term of 999 years the rail line of the latter company running from Toronto northwest to Owen Sound and other points;
 4. O & Q purchased from A & NW a part of the latter's railway system in the Province of Quebec thereby connecting the O & Q system to Montréal and the railways in Quebec;
 5. O & Q obtained authorization from the Parliament of Canada to amalgamate with Credit Valley, Canada Southern, TG & B and A & NW or any of them, or to contract with any of them for the acquisition or the leasing of some or all of their lines (S.C. 1883, c. 58); and similarly to acquire or lease from CP such lines as may be necessary to form a through connection between Toronto, Ottawa and Montréal. By the same authorization O & Q was given the right to construct a line connecting its system from Smiths Falls to any point on CP or the A & NW Railway which would give a connection to Montréal on the St. Lawrence River and beyond;
 6. Parliament approved a preliminary agreement between CP and Credit Valley, O & Q and A & NW wherein provision was made for the leasing by CP from these railways of so much of their lines as necessary to establish a through route from the city of Montréal to the western terminus of Credit Valley Railway at St. Thomas (S.C. 1883, c. 55). The agreement contemplated the possible amalgamation of some or all of the these railways before granting the lease to CP.

On January 4, 1884, following a somewhat different plan than that projected in the agreement described in para. 6 above, O & Q granted a perpetual lease to CP of O & Q's railway from Windsor Station, Montréal to St. Thomas, Ontario (the entire "consolidated railway" of O & Q). The lease was confirmed by s. 2 of *An Act to confirm the lease of the Ontario and Quebec Railway to*

- nant à la Compagnie de chemin de fer de Jonction de London;
2. CP vendit à O & Q une ligne qui reliait Perth à Smiths Falls;
 3. O & Q prit à bail de TG & B pour un terme de 999 ans la ligne de chemin de fer de cette dernière compagnie qui partait de Toronto en direction du nord-ouest, vers Owen Sound et d'autres localités;
 4. O & Q acheta à A & NO une partie du réseau de chemin de fer de cette dernière dans la province de Québec, raccordant ainsi le réseau d'O & Q à Montréal et aux chemins de fer du Québec;
 5. O & Q obtint du Parlement du Canada l'autorisation de fusionner avec Credit-Valley, le Chemin de fer du Sud du Canada, TG & B et A & NO, ou de conclure avec une ou plusieurs d'entre elles un contrat pour l'acquisition ou la location d'une partie ou de la totalité de leurs lignes de chemin de fer (S.C. 1883, chap. 58), et aussi celle d'acquérir ou de prendre à bail de CP les lignes de chemin de fer qui pourraient être nécessaires à l'établissement d'une liaison directe entre Toronto, Ottawa et Montréal. En vertu de la même autorisation, O & Q obtint le droit de construire une ligne raccordant son réseau à partir de Smiths Falls à celui de CP ou d'A & NO pour créer ainsi une liaison vers Montréal sur le fleuve Saint-Laurent et au-delà;
 6. Le Parlement approuva un accord provisoire entre CP et Credit-Valley, O & Q et A & NO, qui autorisait CP à prendre à bail de ces compagnies de chemin de fer les lignes dont elle pourrait avoir besoin pour établir une liaison directe entre Montréal et le terminus occidental du chemin de fer de Credit-Valley à Saint-Thomas (S.C. 1883, chap. 55). L'accord envisageait la possibilité de fusionner entre elles une partie ou la totalité de ces compagnies de chemin de fer avant l'octroi du bail à CP.

Le 4 janvier 1884, en vertu d'un plan légèrement différent du projet consacré par l'accord décrit au par. 6 ci-dessus, O & Q a accordé à CP un bail à perpétuité sur les lignes de chemins de fer d'O & Q reliant la gare Windsor, à Montréal, à Saint-Thomas (Ontario) (tout le «réseau fusionné» d'O & Q). Ce bail a été ratifié par l'art. 2 de l'*Acte à l'effet de ratifier le bail du chemin de fer d'Onta-*

the Canadian Pacific Railway Company, and for other purposes, S.C. 1884, c. 54, and by s. 1 of *An Act respecting the Ontario and Quebec Railway Company*, S.C. 1884, c. 61 (hereinafter the “1884 O & Q Act”).

On August 12, 1887, O & Q leased to CP in perpetuity, the railway of WOP which O & Q had acquired by lease in perpetuity on July 21, 1887. The lease between O & Q and WOP was approved by s. 1 of *An Act respecting the Ontario and Quebec Railway Company*, S.C. 1887, c. 62. The lease between CP and O & Q of the WOP lands was approved by *An Act further to amend the Act respecting the Canadian Pacific Railway Company*, S.C. 1887, c. 56.

On November 24, 1888, O & Q leased to CP in perpetuity an extension of O & Q's railway to be constructed by O & Q from London, Ontario to a point on the Detroit River (known as the “Detroit Extension”). This lease was authorized by Parliament: S.C. 1887, c. 56. The Detroit Extension was initially authorized by s. 4 of the *1884 O & Q Act*.

The final remaining portion of the O & Q line was the “Don Branch”, from Leaside on the main line, to the Toronto water-front. At the request of CP, O & Q was authorized by an Order in Council of Canada dated January 25, 1887, to construct this extension of the O & Q system. The power to construct this extension was granted to O & Q by *An Act respecting the Ontario and Quebec Railway Company*, S.C. 1888, c. 53, s. 2 and schedule. It is not clear from the record how this extension was leased to CP and no issue of this was made by the parties.

The railway consisting of the “consolidated railway” of O & Q leased to CP by the 1884 O & Q lease, the extensions of the said railway leased to CP by the 1887 and 1888 O & Q leases, as well as the final Don Branch extension, will be referred to collectively as the “O & Q Railway”.

rio et Québec à la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique, et pour d'autres fins, S.C. 1884, chap. 54, et par l'art. 1 de l'*Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec*, S.C. 1884, chap. 61 (ci-après la «*Loi de 1884 concernant O & Q*»).

Le 12 août 1887, O & Q a accordé à CP un bail à perpétuité sur le chemin de fer de POO qu'O & Q avait acquis en vertu d'un bail à perpétuité le 21 juillet 1887. Le bail intervenu entre O & Q et POO a été ratifié par l'art. 1 de l'*Acte concernant la compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec*, S.C. 1887, chap. 62. Le bail conclu entre CP et O & Q concernant les terrains de POO a été approuvé par l'*Acte modifiant de nouveau l'Acte concernant la Compagnie du chemin de fer Canadien Pacifique*, S.C. 1887, chap. 56.

Le 24 novembre 1888, O & Q a accordé à CP un bail à perpétuité sur le prolongement qu'O & Q devait construire entre London (Ontario) jusqu'à un point situé sur la rivière Détroit (appelé le «prolongement de Détroit»). Ce bail a été autorisé par le Parlement: S.C. 1887, chap. 56. Le prolongement de Détroit fut autorisé initialement par l'art. 4 de la *Loi de 1884 concernant O & Q*.

La dernière section de ligne appartenant à O & Q était «l'embranchement Don», qui reliait Leaside sur la ligne principale au port de Toronto. À la demande de CP, O & Q a été autorisée par un décret du Canada, en date du 25 janvier 1887, à construire ce prolongement. L'*Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec*, S.C. 1888, chap. 53, art. 2 et annexe, accorda à O & Q le pouvoir de construire ce prolongement. Le dossier n'indique pas clairement la façon dont ce prolongement a été donné à bail à CP, mais les parties à l'instance n'ont pas abordé cette question.

Nous désignerons sous l'appellation collective de «chemin de fer d'O & Q», le réseau comprenant le «réseau de chemin de fer fusionné» d'O & Q loué à CP aux termes du bail conclu avec O & Q en 1884, les prolongements du même réseau loué à CP en vertu des baux passés avec O & Q en 1887 et en 1888, ainsi que le dernier prolongement de l'embranchement Don.

The minutes for the meetings of the Board of Directors and the shareholders of O & Q which were held after the execution of the above leases disclose the extent to which, in a relatively short space of time, CP had taken over virtually all the essential functions of O & Q. For example, the minutes for the meeting of the shareholders on February 2, 1886, reveal that those present at the meeting, the President, Sir Edmund Osler, Messrs. Van Horne, R. B. Angus, Sir George Stephen, the Honourable Donald A. Smith and Mr. J. J. C. Abbott, were all members of the CP Board or staff or were involved in the guidance of the affairs of CP. The minutes discuss the completion of the A & NW Railway to Montréal, an obligation undertaken by O & Q. Mr. Van Horne was appointed manager of construction. The plans for this construction were said to have been prepared by CP. The completion of this part of the line, including the bridge over the St. Lawrence River, was financed by a further issue of debenture stock of O & Q "... to the extent necessary to secure construction of the bridge ..."

The meeting of the shareholders of O & Q on February 3, 1885, further illustrates the extent to which O & Q was operated as a part of the CP family from the outset of the 1884 lease. The President is recorded in the minutes as having advised the meeting that the whole of the capital stock and debenture stock of the Company had been issued and "... all matters connected with the Debenture Stock and Common Stock of the Company are now carried out by the Canadian Pacific Railway Company at Montreal ...". The rapidity of the absorption of O & Q by CP should not be surprising. We have already seen that by 1883 CP had entered into a preliminary agreement with a number of railways, including O & Q, which provided for a series of amalgamations, leases and acquisitions all to the end of establishing a through line from Montréal to Toronto and extending westward to St. Thomas. The officers of most of the railway companies involved in the agreement were somehow connected to CP. These agreements were approved by Parliament both with respect to CP and to O & Q. Thus by the

Le procès-verbal des réunions du conseil d'administration et des assemblées des actionnaires d'O & Q qui ont été tenues après la signature des baux mentionnés ci-dessus fait ressortir la façon dont, en un laps de temps relativement court, CP a repris la plupart des fonctions essentielles d'O & Q. Par exemple, le procès-verbal de l'assemblée des actionnaires du 2 février 1886 indique que les personnes qui y ont assisté, soit le président, sir Edmund Osler, MM. Van Horne, R. B. Angus, sir George Stephen, l'honorable Donald A. Smith et M. J. J. C. Abbott, étaient toutes membres du conseil ou du personnel de CP ou participaient à la direction des affaires de CP. Ce procès-verbal porte sur l'achèvement de la ligne de chemin de fer A & NO vers Montréal, obligation qu'avait contractée O & Q. Monsieur Van Horne a été nommé chef des travaux. CP aurait préparé les plans de ces travaux. On a financé l'achèvement de cette section de la ligne, qui comprenait un pont sur le fleuve Saint-Laurent, par une nouvelle émission d'actions-débetures d'O & Q [TRADUCTION] «... pour le montant nécessaire à la construction du pont...»

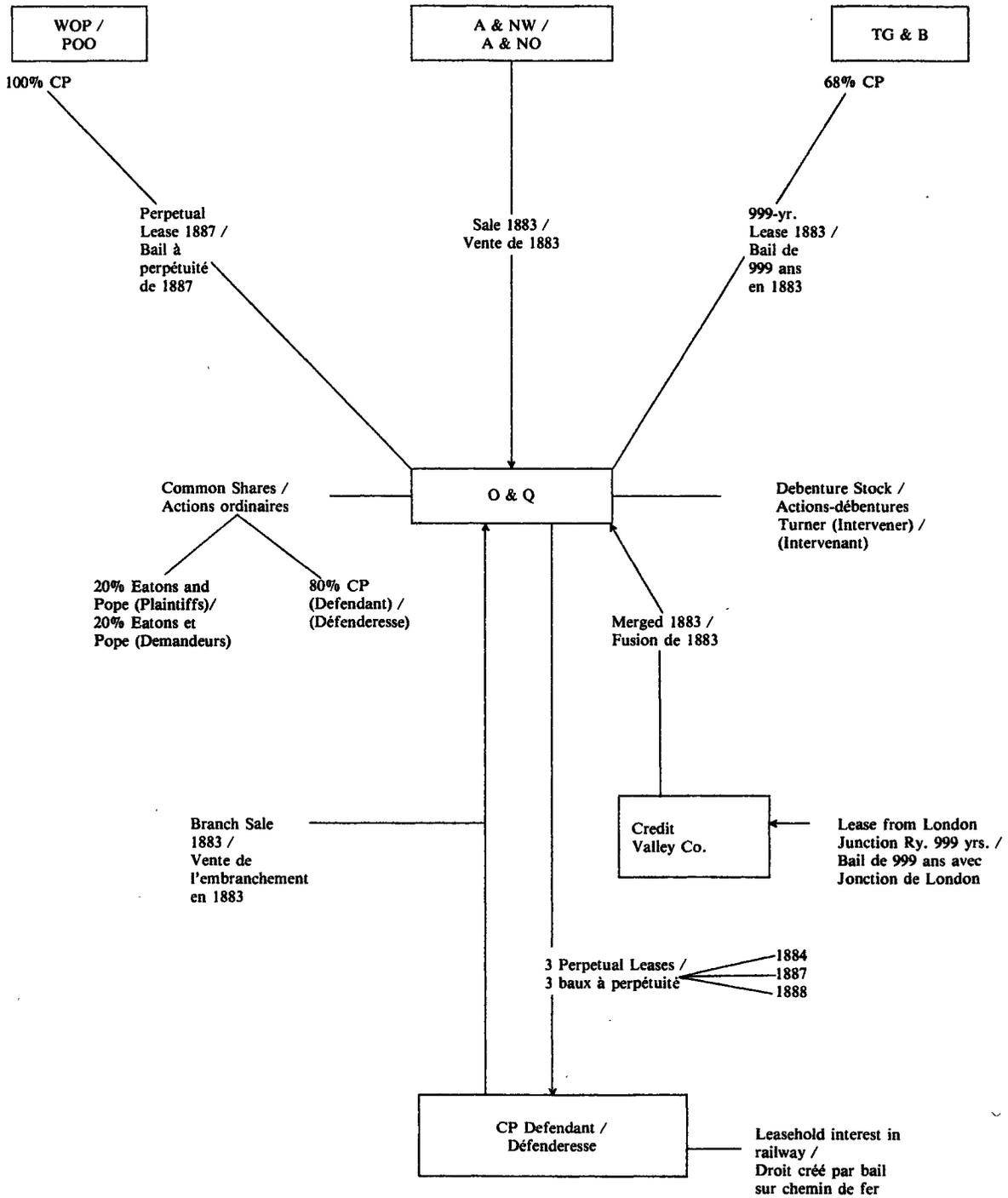
L'assemblée des actionnaires d'O & Q tenue le 3 février 1885 illustre encore plus clairement le fait que les activités d'O & Q étaient exercées comme si elle faisait partie du groupe CP et ce, immédiatement après le bail de 1884. D'après le procès-verbal, le président aurait fait savoir aux participants que toutes les actions-débetures de la compagnie avaient été émises et que [TRADUCTION] «... toutes les questions reliées aux actions-débetures et aux actions ordinaires de la compagnie relevaient désormais de la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique à Montréal ...» Il ne faudrait pas être surpris de la rapidité avec laquelle CP a absorbé O & Q. Nous avons déjà vu que dès 1883 CP avait conclu un accord provisoire avec un certain nombre de compagnies de chemin de fer, notamment O & Q, qui prévoyait une série de fusions, de baux et d'acquisitions dont le but était la création d'une ligne directe entre Montréal et Toronto, qui se prolongerait vers l'ouest jusqu'à Saint-Thomas. Les dirigeants de la plupart des compagnies de chemin de fer parties à cet accord étaient reliés d'une façon

time the 1884 lease was executed, CP had effectively taken over the operations of O & Q.

At the conclusion of this series of transactions, CP had established by perpetual lease and by an amalgamation and exchanges of rail lines, a system of railway lines radiating east and south from Callender, Ontario, the eastern construction terminal of the railway line constructed by CP (and by the Government of Canada) to British Columbia. All this is described in detail by the trial judge at pp. 395-402 and by the Court of Appeal at pp. 459-62, and is schematically portrayed for easy reference, below. Thus began the national dream of constructing a railway from coast to coast amidst much criticism that this railway, "two streaks of rust across the wilderness", would "... never pay for its axle-grease" (remarks attributed to Edward Blake).

ou d'une autre à CP. Ces accords furent tous ratifiés par le Parlement, tant en ce qui concerne CP qu'O & Q. Ainsi, au moment de la signature du bail de 1884, CP avait, en fait, le contrôle de toutes les opérations d'O & Q.

Avec cette série d'opérations, CP réussit à créer, en contractant des baux à perpétuité et en procédant à des fusions et à des échanges de lignes de chemin de fer, un réseau de lignes de chemin de fer qui rayonnait vers l'est et vers le sud à partir de Callender (Ontario), le terminus oriental de la ligne de chemin de fer construite par CP (et par le gouvernement du Canada) vers la Colombie-Britannique. Ces opérations sont décrites de façon détaillée par le juge du procès aux pp. 395 à 402 et par la Cour d'appel aux pp. 459 à 462 et représentées schématiquement ci-après pour plus de commodité. C'est ainsi qu'a commencé le rêve national d'un chemin de fer reliant un océan à l'autre, malgré certaines critiques d'après lesquelles ce chemin de fer ne serait jamais que [TRADUCTION] «deux pistes rouillées traversant des étendues sauvages [...] qui ne rapporteraient jamais un sou» (remarques attribuées à Edward Blake).



(b) *Leases*

The core of the issues raised in this appeal are the three perpetual leases of 1884, 1887 and 1888 granted by O & Q in favour of CP. All parties agreed before this Court that there are no significant differences in the wording adopted by the parties in the three leases and that any differences which did exist had no bearing on the issues calling for determination here (with one possible exception to be discussed later). The 1884 lease deals with the bulk of the assets of the O & Q system and is therefore the principal lease in this appeal. It is hereinafter referred to as the "Lease". Before examining the legislative action with respect to this Lease, it is worthwhile to examine the terms of the leases themselves. The heart of the issue in this appeal is found in the Lease entered into by O & Q and CP and which was executed by the former on January 4, 1884, and by the latter, the lessee CP, on January 23, 1884. The importance of the matter and the pace of railway building in those years can be seen from the speedy confirmation by Parliament of this Lease in two statutes, each enacted and assented to on April 19, 1884.

In recitals to the Lease, parties recounted the various steps taken by amalgamation, purchase and leasing whereby O & Q assembled a "through line of railway" from Montréal and the south shore of the St. Lawrence River on the east, to St. Thomas, Ontario on the west. The recitals go on to lay out the financing and operation of this leased railway system. The rental payable by CP to O & Q under the Lease was so calculated as to equal all payments which O & Q was required to make in the future for interest and dividends on its debenture stock and common stock; all rental O & Q was obligated to pay under the railway leases it had entered into with respect to the railway lines of TG & B and London Junction Railway (through predecessors in title in the latter case); and any interest O & Q was required to pay on any of its outstanding bonds or outstanding bonds of the associated railways which had not been replaced by O & Q debenture stock. By a complex series of purchase contracts, agreements of amalgamation, and leases and assignments of leases,

b) *Les baux*

L'essentiel des questions en litige dans le présent pourvoi porte sur les trois baux à perpétuité de 1884, 1887 et 1888 qu'O & Q a accordés à CP. Les parties à l'instance s'entendent sur le fait qu'il n'existe aucune différence importante entre les libellés adoptés par les parties dans ces trois baux et que les différences qui peuvent exister ne portent pas sur les questions dont nous sommes saisis (à une exception près que nous examinerons plus loin). Le bail de 1884 porte sur l'ensemble de l'actif du réseau d'O & Q et constitue donc le principal bail dans ce pourvoi. Je l'appellerai par la suite le «Bail». Avant d'examiner les dispositions législatives adoptées au sujet de ce Bail, il convient d'étudier les clauses de ces baux. La question au centre du présent pourvoi porte sur le Bail conclu entre O & Q et CP, qui a été signé par la première, le 4 janvier 1884 et par la seconde, la preneuse CP, le 23 janvier 1884. La rapidité avec laquelle le Parlement a ratifié ce Bail au moyen de deux lois, toutes deux adoptées et sanctionnées le 19 avril 1884, démontre bien l'importance que revêtait ce sujet à cette époque et la vitesse à laquelle se construisait le chemin de fer.

Dans le préambule du Bail, les parties relatent les diverses mesures adoptées par O & Q, fusion, achat, bail, pour mettre en place une liaison directe entre Montréal et la rive sud du fleuve Saint-Laurent à l'est, et Saint-Thomas (Ontario) à l'ouest. Le préambule décrit ensuite les modalités du financement et de l'exploitation du réseau de chemin de fer pris à bail. Le loyer payable par CP à O & Q en vertu du Bail avait été calculé de façon à représenter: tous les versements qu'O & Q serait tenue de faire à l'avenir à titre d'intérêt et de dividendes pour ses actions-débetures et ses actions ordinaires, les loyers qu'O & Q était tenue de payer en vertu des baux qu'elle avait conclus pour utiliser les lignes de chemin de fer de TG & B et celles du chemin de fer de Jonction de London (par l'intermédiaire d'auteurs en titre dans ce dernier cas), ainsi que l'intérêt qu'O & Q était tenue de verser sur ses obligations encore en circulation ou sur celles des compagnies de chemin de fer associées qui n'avaient pas été remplacées par des actions-débetures d'O & Q. Les dettes et les

the debts and shares to be serviced by the rent under the Lease were consolidated into "debenture stock" and common stock of O & Q. These many transactions were authorized prospectively or approved retrospectively by Parliament. All this prelude of corporate activity is described thoroughly and accurately in the judgment of Hughes J. at trial at p. 403 and by the Court of Appeal at p. 460.

The term of the Lease, as has been said already, was "in perpetuity". This is surprising since the lessor O & Q had only a leasehold interest for a term of 999 years in two of the rail lines leased to CP under the Lease. These were the leases granted by TG & B and London Junction Railway, the latter falling into O & Q possession by an amalgamation with Credit Valley Railway. The 999-year term of these leases is specifically described in the 1884 Lease itself (s. 1(2.)(a) and (b)). It should be noted, however, that according to the record there is no evidence of the London Junction Railway, which was authorized to run from Port Burwell on Lake Erie to London, having ever been constructed and no issue with respect to this railway arises in this appeal. On the other hand, as will be seen, the position of TG & B as lessor under this 999-year lease is closely related to the issues before the Court in this appeal.

In the result, CP (a) took over all the assets and undertaking of O & Q and the burden of operating its railway system, and (b) undertook to pay all the debt and equity interest or dividend obligation of O & Q. On the other hand, O & Q was left with no expenses and no revenue; no assets except a reversionary right to the demised railway lines in the event of the expiry or the termination of the Lease; and no liabilities except those fully covered by the CP covenants to pay the rental under the Lease; and no staff. In all this, CP also acquired the right to use the name and to act in the name of

actions que le loyer prévu par le Bail devait financer furent consolidées en «actions-débetures» et en actions ordinaires d'O & Q, grâce à un ensemble complexe de contrats de vente, de conventions de fusion, de baux et de cessions de bail. Toutes ces opérations ont été autorisées au préalable ou approuvées rétroactivement par le Parlement. Toute cette activité intense au niveau des compagnies est décrite de façon détaillée et précise dans le jugement du juge Hughes en première instance à la p. 403 et dans celui de la Cour d'appel à la p. 460.

Comme je l'ai déjà mentionné, il s'agissait d'un Bail «à perpétuité». Cela est surprenant puisque O & Q, la bailleresse, jouissait d'un droit créé par un bail d'une durée de 999 ans sur deux des lignes de chemin de fer données à bail à CP. Il s'agissait des baux consentis par TG & B et par la Compagnie du chemin de fer de Jonction de London, cette dernière compagnie étant passée sous le contrôle d'O & Q à la suite de sa fusion avec la Compagnie du chemin de fer de Credit-Valley. La durée de 999 ans de ces baux est expressément mentionnée dans le Bail de 1884 (al. 1(2.)(a) et (b)). Il convient toutefois de noter que le dossier n'indique aucunement que la Compagnie du chemin de fer de Jonction de London, qui fut autorisée à relier Port Burwell sur le lac Érié à London, ait jamais construit cette ligne et aucune question concernant cette compagnie de chemin de fer n'a été soulevée dans le présent pourvoi. Par contre, comme nous le verrons plus loin, la situation de TG & B à titre de bailleresse en vertu de ce bail de 999 ans est étroitement liée aux questions en litige dans le présent pourvoi.

En somme, CP a) a pris le contrôle des éléments d'actif d'O & Q ainsi que de son entreprise et s'est chargée d'exploiter son réseau de chemin de fer et b) elle s'est engagée à s'acquitter de toutes les obligations d'O & Q concernant le paiement des dettes et des dividendes relatifs aux actions de cette compagnie. De son côté, O & Q n'avait plus ni dépenses ni recettes ni éléments d'actifs à l'exception d'un droit réversif sur les lignes de chemin de fer données à bail, qu'elle pourrait exercer à l'expiration du Bail ou en cas de résiliation, ni aucune dette à l'exception des dettes prises en

O & Q. CP, in short, took over the entire undertaking of O & Q.

O & Q's obligations consisted almost entirely of its obligation to pay 5 per cent interest on perpetual debenture stock issued or to be issued for railway construction and acquisition; and "six per cent" interest on "two million dollars, being the amount of the common stock" issued at the time of the Lease. This is an oversimplification (but suitable for the purpose of disposing of the issues raised in this appeal) of a complex series of inter-company arrangements for the issuance of O & Q securities for the retirement of the bonds of those other railways in the group and for the payment by O & Q of the railway construction costs incurred by it and some of these other companies in completing railway lines in accordance with their obligations to O & Q under the Lease and under the preceding indentures mentioned above.

The extent of the financial interlocking between CP and O & Q, even before the main Lease of January 1884 was executed, can be seen in the terms of the agreement where CP sold and O & Q purchased a short line of railway between Smiths Falls and Perth in Ontario. This agreement was executed by the parties on December 3, 1883, and was approved and confirmed by Parliament in the *1884 O & Q Act*, s. 1, which also confirmed the Lease. In this purchase agreement, attached as a schedule to the above-cited Act, O & Q agreed with CP to call in all mortgage bonds issued by O & Q and to replace them with the perpetual debenture stock of O & Q; and to pay the cost of acquisition or construction of "the entire consolidated railway of [O & Q] extending from Montreal to St. Thomas..." and the railway of A & NW to Montréal including the bridge over the St. Lawrence River.

The mechanics for the servicing by CP of the capital and debt raised by O & Q and the other

charge par l'engagement de CP à payer le loyer prévu au Bail, ni aucun employé. CP a également acquis le droit d'utiliser le nom d'O & Q et d'agir en son nom. En bref, CP a pris le contrôle de toute l'entreprise d'O & Q.

Les obligations d'O & Q se ramenaient presque uniquement à celle de payer un intérêt de 5 pour 100 sur les actions-débetures permanentes émises ou devant être émises pour la construction et l'achat de lignes de chemin de fer, et «l'intérêt au taux de six pour cent» sur les «deux millions de piastres, formant le montant des actions ordinaires» émises au moment de la conclusion du Bail. Il s'agit là d'une présentation très simplifiée (mais suffisante pour statuer sur les questions en litige dans le présent pourvoi) d'un ensemble complexe de conventions conclues entre ces compagnies en vue d'émettre des titres d'O & Q pour racheter les obligations des autres compagnies de chemin de fer faisant partie du groupe et en vue de permettre à O & Q d'acquitter les coûts de construction du chemin de fer encourus par elle et par certaines autres compagnies pour l'achèvement de certaines lignes de chemin de fer conformément à leurs obligations envers O & Q découlant du Bail et des autres contrats déjà mentionnés.

Les clauses du contrat prévoyant la vente par CP à O & Q d'une courte ligne de chemin de fer reliant Smiths Falls à Perth en Ontario permettent de constater l'étendue des liens financiers tissés entre CP et O & Q, même antérieurement à la signature du Bail principal de janvier 1884. Ce contrat fut signé par les parties le 3 décembre 1883, approuvé et ratifié par le Parlement par la *Loi de 1884 concernant O & Q*, art. 1, qui ratifiait également le Bail. En vertu de ce contrat de vente, joint en annexe à la loi précitée, O & Q convenait avec CP de rappeler toutes les obligations hypothécaires émises par O & Q pour les remplacer par des actions-débetures permanentes d'O & Q, de payer le coût de l'acquisition ou de la construction de «toute la ligne fusionnée de [O & Q] s'étendant de Montréal à Saint-Thomas...» et celui de la ligne de chemin de fer d'A & NO reliant Montréal, y compris le pont sur le fleuve Saint-Laurent.

Selon les modalités adoptées pour le paiement du capital et des dettes subies par O & Q et les

companies mentioned required CP, in order "To avoid expense and circuitry" in the words of clause 9 of the Lease, to pay interest and dividends as the case may be directly to the holders of the perpetual debenture stock and common stock of O & Q, and to the holders of the remaining outstanding bonds of some of the other railway companies. The Lease also provided for CP to deliver undertakings and covenants to such security holders to pay all such interest, thereby acknowledging a direct liability in CP therefor.

Clause 15 of the Lease required CP at its expense to provide an officer for O & Q "who shall be the Secretary and Transfer Clerk ... at the City of Montreal" to which city O & Q agreed to move its chief place of business and which O & Q covenanted and agreed would be "the office for the transfer and registration of the stocks and bonds of [O & Q] and of the said leased lines". The Lease of 1884 does not make any express provision for the transfer of the employees and work force of O & Q to CP but that apparently occurred as a necessary result of the covenant by CP to work and maintain the railway and all the facilities of O & Q including new railway construction then in progress. It is clear that O & Q was left without any employees. Similarly, no express provision is made for the election of members of the board of O & Q during the life of the Lease. Since O & Q after the Lease had no physical assets, no employees, no revenue, no expenses and only one officer provided and paid for by CP, and inasmuch as the Lease required O & Q to pass such by-laws and regulations and execute such documents as CP may from time to time require, it is not surprising that the members of the board (except for Sir Edmund Osler) came to be CP employees. Furthermore no provision was made in the arrangement between the companies for the payment of any members of the Board of Directors of O & Q, nor were there any funds or revenue in O & Q for this or any other purpose.

autres sociétés mentionnées, CP était tenue, «Afin d'éviter les frais et les voies détournées» selon les termes de la clause 9 du Bail, de payer directement l'intérêt et les dividendes, selon le cas, aux porteurs d'actions-dévaluations permanentes et d'actions ordinaires d'O & Q et aux porteurs d'obligations encore en circulation de certaines autres compagnies de chemin de fer. En vertu du Bail, CP devait également s'engager par écrit envers les porteurs de titre à payer ces intérêts, reconnaissant ainsi qu'elle était directement responsable de leur paiement.

Aux termes de la clause 15 du Bail, CP était tenue de rémunérer, à ses frais, un représentant d'O & Q «qui sera le secrétaire [...] et son commis aux transferts, en la cité de Montréal» où O & Q acceptait d'établir son principal siège d'affaires et où O & Q convenait et acceptait d'établir «de bureau pour le transfert et l'enregistrement des actions et des obligations de [O & Q], ainsi que des dites lignes données à bail». Le Bail de 1884 ne prévoyait pas expressément le transfert des employés et du personnel d'O & Q à CP mais c'est ce qui semble s'être produit, puisque CP s'était engagée à exploiter et à entretenir les lignes de chemin de fer et toutes les installations d'O & Q, ainsi qu'à poursuivre la construction du chemin de fer. Il est clair qu'O & Q n'avait plus aucun employé. Parallèlement, aucune disposition ne prévoyait expressément l'élection des membres du conseil d'administration d'O & Q pendant la durée du Bail. O & Q n'ayant, après la conclusion du Bail, aucun élément d'actif matériel, aucun employé, aucun revenu, aucune dépense, mais un seul dirigeant nommé et rémunéré par CP, et dans la mesure où O & Q était tenue en vertu du Bail d'adopter les statuts et règlements et de passer les actes que CP pourrait lui demander, il n'est pas surprenant que les membres de son conseil (à l'exception de sir Edmund Osler) aient tous été choisis parmi les employés de CP. En outre, la convention intervenue entre ces compagnies ne contenait aucune disposition prévoyant la rémunération des membres du conseil d'administration d'O & Q ou affectant des fonds ou des revenus d'O & Q à cette fin ou à d'autres fins.

The end result of this elaborate plan was that CP became the sole operator of all railway lines and properties owned by five railway companies with whom it had direct and indirect leasehold and contractual links, under a perpetual lease, all in exchange for its undertaking to pay in perpetuity the interest on debenture stock and common stock of O & Q issued to raise the money employed directly and indirectly in the construction of its rail network in central Canada. This plan was formed and executed between 1883 and 1888. The railway system it produced formed most of the central Canada link in the CP trans-continental railway system which was substantially completed to British Columbia in 1885 and to the Atlantic Ocean in 1887.

These are the financial arrangements established under the Lease. There are other provisions of the Lease which must be considered. Clause 11 provides that CP shall have:

... the right to enjoy all the franchises and powers of the lessors, in respect of the running of the said railway, and of each and every part thereof, and shall also be entitled to exercise and enjoy the franchises and powers of the lessors, in respect of the acquisition of increased areas of land for station grounds, right of way, protection against snow, sidings and other purposes; and they are hereby authorized by the lessors to take all legal proceedings that may be necessary in the exercise of the said franchises and powers, and for that purpose to use the name of the lessors and of the officers thereof,—which officers are hereby authorized and required, upon the demand of the lessees, to append their signatures, and to affix the seal of the said lessors, to any document or instrument that may be necessary or useful, in the exercise or use of the said franchises.

The extent to which O & Q as lessor turned over its undertaking to CP is further illustrated by clause 14 which provides:

... they [O & Q] further agree that the lessees shall have the right to make and enforce such lawful rules, regulations and by-laws touching or concerning the running and operation of the said railway, as shall be required for the efficient and advantageous administra-

Ce vaste projet a eu pour résultat final de confier à CP l'exploitation exclusive de toutes les lignes et propriétés que possédaient cinq compagnies de chemin de fer avec lesquelles elle avait de façon directe et indirecte des liens contractuels et des droits créés par un bail à perpétuité, tout cela, en échange d'un engagement de sa part à payer à perpétuité l'intérêt sur les actions-débetures et les actions ordinaires d'O & Q émises en vue d'obtenir les fonds destinés à être employés directement ou indirectement à la construction de son réseau de chemin de fer dans le Canada central. Ce projet fut conçu et exécuté entre 1883 et 1888. Le réseau de chemin de fer auquel il a donné naissance constituait, presque à lui seul, la section du Canada central de l'ensemble du réseau de chemin de fer transcontinental de CP qui fut achevé, pour l'essentiel, jusqu'à la Colombie-Britannique en 1885 et vers l'océan Atlantique en 1887.

Tels étaient donc les arrangements financiers prévus dans ce Bail. Il convient néanmoins d'examiner d'autres dispositions de ce Bail. La clause 11 e prévoyait que CP aurait:

... le droit de jouir de tous les privilèges et pouvoirs de la bailleuse relativement à l'exploitation du dit chemin de fer et de chaque et toute partie de ce chemin. Elle aura aussi droit à l'exercice et jouissance de tous les privilèges et pouvoirs de la bailleuse relativement à l'acquisition de plus grandes étendues de terre pour les emplacements de gares, le droit de passage, la protection contre la neige, les voies d'évitement et autres besoins; et elle est par le présent autorisée par la bailleuse à instituer toutes procédures judiciaires qui pourront être nécessaires dans l'exercice des dits privilèges et pouvoirs, et, pour cet objet, à se servir du nom de la bailleuse et de ceux de ses officiers,—lesquels officiers ont par le présent l'autorisation et sont requis d'apposer, à la demande de la preneuse, leurs signatures et le sceau de la bailleuse à tout document ou instrument qui pourra être nécessaire ou utile dans l'exercice ou l'usage des dits privilèges.

La clause 14 illustre aussi fort bien la façon dont O & Q, à titre de bailleuse, confiait l'exploitation de son entreprise à CP.

Elle [O & Q] convient de plus que la preneuse aura le droit de faire et appliquer, touchant ou concernant l'exploitation et le fonctionnement du dit chemin de fer, les règles, règlements et statuts légitimes qu'exigeront son administration, sa gestion et son fonctionnement

tion, management and operation thereof, and for the preservation of order thereon, and as the lessors are authorized to make, under and by virtue of their charter, and of the "*Consolidated Railway Act of 1879*," and the amendments thereof . . . [Emphasis added.]

Clause 14 also provides that all tariffs of rates and tolls shall be established by CP. CP is entitled to call upon O & Q to make and pass all these regulations, by-laws and tariffs if CP deems it expedient to do so. CP is also authorized by clause 14 to take legal proceedings in O & Q's name, all at the expense of CP. The parties to the Lease clearly intended by the Lease to reduce O & Q to a shell and to turn over in perpetuity its entire undertaking to CP.

The general demise of the lands under the Lease is found in clause 1 which provides that "[t]he lessors hereby demise and lease to the lessees, the consolidated railway of the lessors . . ." The operations of the O & Q lines leased to CP are assigned by the Lease to CP in these words:

12. The lessees covenant to and with the lessors, that they, the lessees, will efficiently work, maintain and keep in good order and repair, the said railway and the rolling stock and appurtenances thereof, and all the property hereby demised . . .

Clause 14 added these words:

. . . and do all acts, matters, and things, as and when necessary, for the convenient, efficient and effectual working of the railway, and for carrying out and giving effect to the lease hereby made . . .

Two provisions make reference to the termination of the Lease:

12. The lessees . . . will, at the expiry of the present lease, yield up the same or other rolling stock and equipments of equal value, to the lessors, in like good order and condition.

No express reference is made to the return to possession of O & Q of the railway lines and lands demised nor is any explanation offered as to the meaning of the word "expiry" in a perpetual lease. Clause 18 is more explicit:

18. In the event of non-payment of the rental hereby reserved, for the space of ninety days, after any instal-

efficaces et avantageux, ainsi que le maintien de l'ordre sur ce chemin, et tels que la bailleresse est autorisée à en faire sous l'autorité et en vertu de sa charte ainsi que de l'Acte refondu des chemins de fer, 1879, et de ses modifications . . . [C'est moi qui souligne.]

La clause 14 énonce de plus que CP aura le droit d'établir tous les tarifs des prix et péages et celui de demander à O & Q d'établir et d'adopter tous les règlements, statuts et tarifs que CP jugerait à propos d'adopter. La clause 14 autorise également CP à intenter des poursuites au nom d'O & Q, le tout aux frais de CP. Les parties à ce Bail avaient clairement l'intention de l'utiliser pour réduire O & Q à une simple façade et de remettre à CP l'ensemble de son entreprise à perpétuité.

La disposition qui accorde à CP un bail général sur les terrains est la clause 1 qui dispose que: «La bailleresse donne à bail et loue par le présent à la preneuse sa ligne de chemin de fer fusionnée . . . » L'exploitation des lignes de chemin de fer d'O & Q données à bail à CP lui est cédée par le Bail dans les termes suivants:

12. La preneuse convient envers et avec la bailleresse, qu'elle, la preneuse, exploitera efficacement, et entretiendra et conservera en bon état et condition le dit chemin de fer avec son matériel roulant et ses accessoires, ainsi que toutes les propriétés par le présent louées . . .

La clause 14 ajoute ceci:

. . . et fera tous autres actes, affaires et choses, à mesure et lorsque nécessaire pour l'exploitation convenable, efficace et effective du chemin de fer, ainsi que pour mettre le présent bail à exécution et effet . . .

Deux dispositions font référence à l'expiration du Bail:

12. . . à l'expiration du présent bail elle [la preneuse] remettra à la bailleresse les mêmes ou d'autres matériel roulant et équipements d'une valeur égale et en même bon état et condition.

Ces dispositions ne contiennent aucune mention expresse concernant le retour à O & Q des lignes de chemin de fer et des terrains donnés à bail, ni aucune explication du sens que le mot «expiration» peut avoir dans un bail à perpétuité. La clause 18 est plus explicite:

18. Dans le cas de non-paiement du loyer par le présent stipulé, pendant l'espace de quatre-vingt-dix

ment thereof shall fall due according to the terms hereof; or in the event of substantial failure to maintain, work, repair or operate the said railway for the space of ninety days continuously after written demand, the present lease shall, at the option of the lessors, become void; and the lessees shall, in that event, yield up possession of the said railway, and other the [sic] premises hereby leased, in good order and condition as the same shall be delivered to them under the present lease.

There are other clauses of no determinative value in these proceedings.

It is agreed that CP has made all rental payments required by the terms of the Lease. The issue is whether the sale by CP of some parts of the lands demised constitutes a breach of the Lease entitling O & Q to terminate this Lease with attendant remedies for the appellants or whether alternatively O & Q is entitled to receive the proceeds from the sale of any lands demised under the Lease, which have been determined by CP and O & Q to be no longer required for the operation of the O & Q Railway.

(c) *Issue of Debenture Stock*

The various steps taken by both O & Q and CP during the course of the assembly of the O & Q Consolidated Railway System and the authorizations or approvals by Parliament of these steps, entailed the establishment and adjustment of a variety of financing arrangements some of which have already been described. In O & Q this meant a succession of issuances of "debenture stock" from its treasury. In the 1884 O & Q Act, S.C. 1884, c. 61, which was examined above in connection with the approval of the Lease of 1884, several references are made to the use of debenture stock of O & Q in such acquisitions. Section 8 of this statute deals specifically with O & Q debenture stock and provides that O & Q may issue such stock:

... in sterling money of Great Britain ... and [it] shall constitute a first lien and charge upon the entire railway of [O & Q] as hereby established, and upon any extension thereof, and upon the property, franchises, plant and rolling stock thereof acquired or to be hereafter acquired by [O & Q], and upon the tolls and revenues thereof, after deduction of the working

jours après qu'un terme en sera échu suivant les conditions des présentes,—ou dans le cas où l'on manquerait essentiellement d'entretenir, d'exploiter, de réparer ou de faire fonctionner le dit chemin de fer pendant l'espace de quatre-vingt-dix jours consécutifs après demande par écrit, le présent bail deviendra nul et de nul effet, au gré de la bailleresse; et la preneuse devra, dans ce cas, rendre les dits chemin de fer et autres propriétés par le présent donnés à bail, en bon état et condition, ainsi qu'ils lui seront délivrés en exécution du présent bail.

Le Bail contient d'autres clauses qui ne sont toutefois pas pertinentes ici.

On reconnaît que CP a effectué tous les versements de loyer exigés par le Bail. La question en litige est de savoir si la vente par CP de certains terrains donnés à bail constitue une violation du Bail qui donnerait à O & Q le droit de le résilier, sous réserve des recours dont pourraient disposer les appelants ou si, de façon subsidiaire, O & Q a le droit de recevoir le produit de la vente des terrains donnés à bail et qui, d'après CP et O & Q, ne sont plus nécessaires à l'exploitation du chemin de fer d'O & Q.

c) *L'émission des actions-débetures*

Les diverses mesures prises par O & Q et CP au cours de la mise en place du réseau de chemin de fer fusionné d'O & Q et les autorisations et les approbations données à ces mesures par le Parlement visaient l'établissement et la mise au point de divers arrangements financiers, dont certains ont déjà été mentionnés. Pour O & Q, ces arrangements ont pris la forme d'une série d'émissions d'«actions-débetures». La *Loi de 1884 concernant O & Q*, S.C. 1884, chap. 61, que nous avons déjà examinée en rapport avec l'approbation du Bail de 1884, mentionne à plusieurs reprises l'utilisation des actions-débetures d'O & Q pour procéder à ces acquisitions. L'article 8 de cette loi traite précisément des actions-débetures d'O & Q et prévoit que O & Q peut émettre ces actions:

... en argent sterling de la Grande Bretagne [...] et elles constitueront une première charge et redevance sur la ligne entière du chemin de fer de [O & Q] telle que par le présent établie, et sur tout prolongement de la ligne, et sur ses propriétés, immunités, outillage et matériel roulant déjà acquis ou qu'[O & Q] acquerra par la suite, et sur ses péages et revenus, déduction faite de ses

expenses thereof,—in which working expenses shall be included the rental of all railway lines now under lease to [O & Q], either directly or by virtue of any of the above-mentioned indentures

The section then provides the process whereby O & Q may define and declare the rights of the holders of the debenture stock which O & Q may “ . . . determine to issue . . . instead of bonds” The section continues:

. . . [O & Q] may execute a deed or instrument securing such debenture stock, and declaring and defining the rights, privileges, ranking and remedies of the holders of such debenture stock, and may thereby change the plan of payment of the interest on such debenture stock, and among other things shall incorporate therein all by-laws which they shall have made and passed, as provided by the said Act and amendments, declaring and regulating the rights and privileges which shall be enjoyed by the holders of such debenture stock; . . . and any by-laws so made and passed, whether incorporated in any such deed or not, which are in force and applicable to such debenture stock at the time of the issue thereof, or of any part thereof, shall remain in force, and shall not be altered or amended, so long as any of such debenture stock remains unredeemed, and shall be binding on [O & Q]

By a resolution passed on April 22, 1884, by its shareholders, shortly after the execution of the 1884 Lease, O & Q authorized the issuance from treasury of debenture stock previously authorized by Parliament in the *1884 O & Q Act*. This was done on the eve of the extension of O & Q eastward from Smiths Falls to Montréal and westward from St. Thomas to the Detroit River. By this stage of its history O & Q had issued mortgage bonds which the Company was desirous of redeeming. The resolution further recites that under the 1884 Lease CP undertook to pay rental which, amongst other things, was calculated to pay the 5 per cent per annum interest on debenture stock issued and to be issued in payment for the acquisition or construction of parts of the O & Q railway system already in being or then under construction by or on behalf of O & Q. The authorizing statute had placed a limit on the amount of debenture stock which could be issued by the Company, namely \$25 000 per mile of the O & Q Consolidated Railway, together with some

frais d'exploitation, lesquels comprendront le prix du loyer de toutes les lignes de chemins de fer actuellement affermées à [O & Q], soit directement ou sous l'empire d'aucun des baux ci-dessus mentionnés

^a L'article précise d'abord la façon dont O & Q pourra déclarer et définir les droits des détenteurs des actions-débetures que O & Q pourrait décider « . . . d'émettre [. . .] au lieu d'obligations . . . »

^b Cet article continue ainsi:

. . . [O & Q] pourra passer un acte ou un instrument garantissant ces actions-débetures et déclarant et définissant les droits et privilèges, le rang et les recours des porteurs de ces actions-débetures; et elle pourra par le dit Acte changer le mode de paiement de l'intérêt sur ces actions-débetures; et, entres autres choses, l'on y incorporera tous les statuts qu'elle aura passés et adoptés, tel que prévu par le dit Acte et ses modifications, déclarant et réglant les droits et privilèges dont jouiront les porteurs de ces actions-débetures; [. . .] Et tous statuts ainsi faits et passés, qu'ils soient ou non incorporés dans le dit acte, et qui seront en vigueur et s'appliqueront à ces actions-débetures à l'époque de leur émission totale ou partielle, resteront en vigueur et ne seront ni changés ni modifiés, tant qu'il restera des actions-débetures à rembourser, et lieront [O & Q] . . .

^f Peu après la signature du Bail de 1884, O & Q a autorisé, par une résolution adoptée le 22 avril 1884 par ses actionnaires, une émission d'actions-débetures, que le Parlement avait préalablement autorisée par la *Loi de 1884 concernant O & Q*. Cette émission a été décidée à la veille du prolongement du réseau d'O & Q vers l'est, de Smiths Falls à Montréal, et vers l'ouest, de Saint-Thomas à la rivière Détroit. À ce moment-là, O & Q avait émis des obligations hypothécaires qu'elle voulait racheter. La résolution énonçait en outre qu'en vertu du Bail de 1884, CP s'était engagée à payer un loyer qui devait, notamment, représenter un intérêt annuel de 5 pour 100 sur les actions-débetures émises ou qui seraient émises pour procéder à l'acquisition ou à la construction de certaines parties du réseau de chemin de fer d'O & Q existant ou en cours de construction par O & Q ou en son nom. La loi habilitante avait placé une limite au montant des actions-débetures que la compagnie pouvait émettre, savoir 25 000 \$ par mille de chemin de fer fusionné d'O & Q, somme à

specified additional amounts for specific projects such as bridge building.

This resolution was moved and seconded by CP employees who had been elected to the Board of Directors of O & Q. Debenture stock so authorized was to form "a first lien and charge upon the entire consolidated Railway of this Company and upon the extensions thereof, and upon the property, franchises, plant and rolling stock thereof, acquired or to be hereafter acquired by this Company, and upon the tolls and revenues thereof" Once again it was clearly part of the general plan of building the O & Q system and the leasing of that system to CP, that O & Q would become a shell whose only asset would be the lessor's leasehold interest in the Lease of 1884, the revenue from which would exactly balance the only outstanding obligations of O & Q, that is the rentals payable under railway leases executed by it as lessee, interest at the rate of 5 per cent per annum payable on the perpetual debentures, and interest at the rate of 6 per cent per annum on the outstanding common shares of the Company. O & Q was left without employees except one officer that CP was required to supply at its own expense by the terms of the 1884 Lease. No provision was made for a continuing Board of Directors and in practice the Board simply carried on without remuneration from O & Q sources and with replacements being supplied as required by CP. The record does not disclose what remuneration was paid to Sir Edmund Osler as President of O & Q or the source of any such remuneration as may have been paid.

In the by-laws passed in implementation of the resolution of the Company described above, it was stipulated that the debenture stock would be issued "in sterling money of Great Britain" in denominations of one pound and multiples thereof, with debenture stock registers to be kept in London, England and Montréal. The only provision for the rights of the holders of the debenture stock on the default of payment of interest was that the holders

laquelle venaient s'ajouter certains montants particuliers pour la réalisation de projets précis, comme la construction de ponts.

a Cette résolution a été présentée et appuyée par les employés de CP qui avaient été élus au conseil d'administration d'O & Q. Les actions-débetures ainsi autorisées devaient constituer [TRADUCTION] «une première charge et redevance sur la ligne b entière du chemin de fer fusionné de la compagnie et sur tout prolongement de la ligne, et sur ses propriétés, immunités, outillage et matériel roulant déjà acquis ou que la compagnie acquerra par la suite, et sur ses péages et revenus . . . » Ces éléments c indiquent clairement que le projet général de la construction du réseau d'O & Q et de la cession à bail de ce réseau à CP prévoyait qu'O & Q ne serait qu'une façade et n'aurait pour tout d actif que le droit créé par le Bail de 1884, qui e devait produire un revenu qui compenserait exactement les seules obligations restantes d'O & Q, savoir les loyers payables en vertu des baux de chemin de fer passés par elle à titre de preneuse, e l'intérêt à un taux annuel de 5 pour 100 payable sur les actions-débetures permanentes et l'intérêt à un taux annuel de 6 pour 100 sur les actions ordinaires de la compagnie en circulation. O & Q n'avait plus aucun employé, à l'exception d'un f dirigeant que CP était tenue de rémunérer à ses frais selon les clauses du Bail de 1884. Aucune mesure ne prévoyait le maintien du conseil d'administration et, en pratique, celui-ci a poursuivi ses g activités sans que ses membres soient rémunérés par O & Q, CP s'occupant de nommer des nouveaux membres au fur et à mesure des besoins. Le dossier n'indique pas quelle était la rémunération payée à sir Edmund Osler à titre de président d'O h & Q, ni l'origine de cette rémunération, s'il en recevait une.

Les statuts adoptés par suite de la résolution susmentionnée de la compagnie stipulaient que les actions-débetures seraient émises [TRADUCTION] «en argent sterling de la Grande-Bretagne» en coupures d'une livre et de multiples d'une livre, et que les registres des actions-débetures seraient conservés à Londres et à Montréal. La seule disposition concernant les droits des porteurs d'actions-débetures en cas de défaut de paiement de l'inté-

thereof should thereafter during such default have a right to vote at meetings of the Company and "thereafter the holders of the said debenture stock shall have all the rights and privileges of ordinary shareholders in respect of voting and of the management of the Company". No provision was made for the seizure of O & Q property upon any such default nor do the terms and conditions attaching to the debenture stock contain any prohibition against registering mortgages against Company property except as may be inferred from the resolution of the Company authorizing the issuance of such stock, where it is stated that the stock shall form a first lien and charge upon the railway. The implementing by-laws further approved a deed or instrument securing the payment of interest on the debenture stock (and the rent payable under leases undertaken by O & Q in the establishment of its railway) and for its execution by both O & Q and CP. This indenture describes the securities so issued as "five per cent permanent debenture stock" and recites the parliamentary authority of O & Q and CP for the execution of an instrument securing the payment of interest on such stock. All this emphasizes the role of the two companies in the large and burgeoning scheme for the acquisition, construction and financing of the CP transcontinental system under a complex stacking of arrangements between the two companies, for their management and for the financing of the undertaking principally in the United Kingdom by the sale of debenture stock.

The indenture sets out verbatim the terms of the 1884 Lease pertaining to the issuance of debenture stock and to the calculation and payment of the rentals thereunder by CP to O & Q. The retirement of O & Q mortgage bonds and the payment of obligations arising out of the construction of the railway line was thus secured by the issuance of perpetual debenture stock whose interest accruals were effectively guaranteed by CP. This was apparently done to assure their marketability particularly in the United Kingdom. This was the last stage of the embalming of O & Q. Thereafter it ceased to be an operational entity. Under the

rêt accordait à ces porteurs le droit de voter aux réunions de la compagnie pendant toute la durée d'un tel défaut et [TRADUCTION] «par la suite, les porteurs d'actions-débetures auront tous les droits et privilèges des actionnaires ordinaires en matière de vote et de gestion de la compagnie». Aucune disposition ne prévoyait la saisie des biens d'O & Q en cas d'un tel défaut et les modalités relatives aux actions-débetures n'interdisaient pas l'enregistrement d'hypothèques sur les biens de la compagnie, si l'on fait exception du passage de la résolution de la compagnie autorisant l'émission de ces actions-débetures qui précisait que ces actions-débetures constituent une première charge et redevance sur le réseau de chemin de fer. Les statuts d'application autorisaient en outre O & Q et CP à passer un acte ou un instrument garantissant le paiement de l'intérêt relatif aux actions-débetures (ainsi que le loyer payable en vertu de baux conclus par O & Q pour la mise en place de son réseau de chemin de fer). Cet acte qualifiait les titres émis de [TRADUCTION] «actions-débetures permanentes à cinq pour cent» et mentionnait le texte législatif attribuant à O & Q et CP le pouvoir de passer un acte garantissant le paiement de l'intérêt sur ces actions. Tous ces éléments font ressortir le rôle qu'ont joué ces deux compagnies dans ce vaste projet naissant ayant pour but l'acquisition, la construction et le financement du réseau transcontinental de CP au moyen d'un ensemble complexe d'arrangements conclus par ces deux compagnies, pour leur gestion et pour le financement de l'entreprise par la vente d'actions-débetures, principalement au Royaume-Uni.

L'acte reprend mot à mot les clauses du Bail de 1884 concernant l'émission des actions-débetures ainsi que le calcul et le versement du loyer dû par CP à O & Q en vertu du Bail. Le rachat des obligations hypothécaires d'O & Q et le paiement des dettes découlant de la construction de la ligne de chemin de fer étaient donc ainsi garantis par l'émission d'actions-débetures permanentes dont les intérêts échus étaient effectivement garantis par CP. Cette façon de procéder devait faciliter la vente de ces actions, en particulier au Royaume-Uni. Ce fut la dernière phase de la mise à mort d'O & Q. Elle cessa par la suite d'être une entité

perpetual lease, debt and stock servicing by O & Q is performed on its behalf by CP who by the terms of the deed securing the debenture stock was required to countersign the debenture stock certificates and to therein guarantee payment of interest. All these leasing and financing arrangements are wrapped up in this deed of guarantee by an interesting and revealing clause:

8. The terms and conditions of the said indenture of lease, from the Ontario Company to the Pacific Company, shall remain and be in full form [*sic*] and effect except in so far as they are altered or modified by these presents.

So it was that all the assets, real and personal, corporeal and incorporeal, of O & Q were turned over to CP in perpetuity in return for a guarantee by CP of the payment of all interest accruals on O & Q perpetual debentures and common shares, and all rentals payable under perpetual or long-term railway leases undertaken by O & Q; and for the provision by CP of the bare minimum of one officer to perform the formalities of corporate housekeeping by O & Q for the rest of its corporate existence.

(d) *Sales of Surplus Lands*

Central to the problems which gave rise to this litigation were the sales by CP as the operator of the O & Q Railway of some of the lands leased by CP from and through O & Q. Under the three leases in question, O & Q leased in perpetuity to CP 10 375.17 acres of land. CP has over the years sold 2 060.82 acres of this land in 956 parcels, 741 of which came from O & Q lands themselves, 179 from lands of TG & B leased to CP through O & Q, and 36 from lands which came into the system from WOP. It would appear that CP, immediately after the execution of the 1884 Lease, established a separate "property section" for the lands of each of the component railways in the O & Q system. For reasons unexplained in the record some of these lands, despite their origination in one of the component companies, were registered from the outset in the name of CP. Perhaps for this reason, conveyances from CP were carried out in the name of the registered owner (which some-

opérationnelle. Le bail à perpétuité prévoyait que CP s'acquitterait pour le compte d'O & Q des frais relatifs au service de la dette et des actions et selon les clauses de l'acte garantissant les actions-débetures, CP était tenue de contresigner les certificats d'actions-débetures pour garantir ainsi le paiement de l'intérêt. Tous ces arrangements concernant les baux et le financement étaient résumés dans l'acte de garantie par une clause intéressante et très révélatrice:

[TRADUCTION] 8. Les termes et conditions du dit bail passé entre la compagnie d'Ontario et la compagnie du Pacifique resteront en vigueur, sauf dans la mesure où ils sont changés ou modifiés par les présentes.

C'est ainsi que tous les éléments d'actif, réels et personnels, corporels et incorporels d'O & Q furent remis à perpétuité à CP, en échange de quoi cette dernière s'engageait à payer tous les intérêts échus relatifs aux actions-débetures et aux actions ordinaires d'O & Q, tous les loyers payables en vertu des baux à perpétuité ou à long terme passés par O & Q ainsi que la rémunération d'un unique dirigeant chargé de s'occuper des formalités nécessaires à l'existence d'O & Q.

d) *Les ventes de terrains excédentaires*

Les ventes de certains terrains auxquelles a procédé CP en qualité d'exploitant du chemin de fer d'O & Q après les avoir pris à bail directement d'O & Q ou par son intermédiaire constituent un élément central des questions en litige dans le présent pourvoi. En vertu des trois baux en question, O & Q avait donné à bail à perpétuité 10 375,17 acres de terrains à CP. Au cours des années, CP a vendu 2 060,62 acres de ces terrains, soit 956 parcelles, dont 741 étaient des terrains appartenant à l'origine à O & Q, 179 des terrains de TG & B donnés à bail à CP par l'intermédiaire d'O & Q, et 36 des terrains remis au réseau par POO. Il semble qu'immédiatement après la signature du Bail de 1884, CP ait établi une «division des propriétés» pour chacune des compagnies de chemin de fer intégrées au réseau d'O & Q. Pour des raisons que le dossier ne mentionne pas, une partie de ces terrains a été enregistrée dès le départ au nom de CP, malgré qu'ils aient appar-

times was CP itself) without any formal corporate authority for the conveyance in question from the beneficial owner by reversionary interest or otherwise of the lands in question. It appears from the record that the grantees may even have accepted conveyances from CP when it was not the registered owner. This might have been because the prices were minimal, the parcels small and the buyers were the contiguous farm owners who may not have thought the expense of engaging legal assistance was warranted. The average price per parcel sold in the period from January 1884 to March 1974 was approximately \$5 300, there having been 578 transactions for a total consideration of \$3 067 305.43.

It would appear that O & Q, so far as it was left with a corporate existence after the 1884 Lease, took the same view of the 1884 Lease transaction as did CP. For example, the first sale of surplus lands by O & Q occurred on January 4, 1884, the very day that O & Q executed the Lease and three weeks before CP had done so. Nothing in the record shows that the sale proceeds were paid over to O & Q. The land in question was registered in the name of O & Q and no corporate formalities such as a board resolution of O & Q were observed. The conveyance was executed by the then officers of O & Q. Only 55 conveyances of O & Q property were approved by the Board of Directors of O & Q and most of these appear to have been related to lands in the Province of Quebec where such formal corporate approval was a prerequisite to registration of the conveyance. Between 1884 and 1967 the conveyances by O & Q were usually executed by the officers of O & Q supplied by and at the expense of CP pursuant to the terms of the Lease.

TG & B property was handled in much the same way although the first sale took place on

tenu à l'origine à une des compagnies de chemin de fer intégrées. C'est peut-être pour cette raison que CP a procédé à ces cessions de terrain au nom du propriétaire enregistré (qui était parfois CP) sans disposer de l'autorisation officielle du propriétaire réel, titulaire d'un droit réversif ou autre sur les terrains en question. D'après le dossier, il semble que les cessionnaires de ces terrains aient accepté que CP effectue des cessions de terrains en leur faveur sans que celle-ci en soit le propriétaire enregistré. Cette pratique s'explique peut-être par le fait que le prix des terrains était minime, les parcelles de petite dimension et que les acheteurs, des propriétaires de fermes contiguës à ces terrains, n'ont peut-être pas pensé que l'opération justifiait les services d'un avocat. Le prix moyen des parcelles vendues entre le mois de janvier 1884 et le mois de mars 1974 s'établit autour de 5 300 \$, puisqu'il y a eu 578 opérations pour une contrepartie totale de 3 067 305,43 \$.

Il semble qu'O & Q, dans la mesure où elle a continué d'exister en tant que compagnie après le Bail de 1884, ait interprété le Bail de 1884 de la même façon que CP. Par exemple, la première vente de terrain excédentaire par O & Q a été effectuée le 4 janvier 1884, le jour même où O & Q signait le Bail et trois semaines avant que CP ne le fasse à son tour. Le dossier n'indique pas que le produit de la vente ait été versé à O & Q. Le terrain en question était enregistré au nom d'O & Q et la compagnie n'avait accompli aucune formalité, comme l'adoption d'une résolution par le conseil d'O & Q. La cession a été signée par les dirigeants d'O & Q alors en poste. Le conseil d'administration d'O & Q n'a approuvé que 55 cessions de propriétés appartenant à O & Q et la plupart de ces approbations semblent avoir visé des terrains situés dans la province de Québec qui exige une autorisation officielle de la compagnie pour enregistrer les cessions. Entre 1884 et 1967, les cessions effectuées par O & Q ont habituellement été signées par des dirigeants d'O & Q nommés et rémunérés par CP, conformément aux conditions du Bail.

Les biens de TG & B ont été traités à peu près de la même manière, bien que la première vente

February 1, 1893. The first sale from WOP property occurred one month later.

In addition to the sales discussed above, CP also entered into a considerable number of sales of surplus lands with Marathon, a wholly-owned subsidiary of Canadian Pacific Investments Ltd. (hereinafter "CPI"). Marathon was incorporated in 1963 to acquire and develop CP's real estate interests not required for railway purposes and having development potential. Lands sold to Marathon between 1963 and 1967 were sold at their book value rather than at their market value because Marathon is a wholly-owned subsidiary of CPI which prior to September 1967, was a wholly-owned subsidiary of CP. The aggregate consideration received by CP for the sales of surplus lands to Marathon is \$8 904 928.07. The estimated aggregate market value of these sales to Marathon is somewhere between \$11 818 513.83 and \$12 730 503.83.

It is also important to note that many of the above sales to Marathon were sales of surplus lands that CP had acquired after the Lease for each of the three property sections that made up the O & Q total lands. CP had, however, taken title to this after acquiring property in CP's own name.

The total proceeds, therefore, from the above sales of all lands in the O & Q, TG & B and WOP property sections during the period from 1884 to February 1974, after adjusting the sales to reflect their market value, was \$15 797 809.26. This figure includes the sales of lands to Marathon as well as the sales of lands acquired after the Lease by CP (and registered in CP's own name) for one of the three property sections comprising O & Q total lands.

(e) *Marathon*

By 1967, by reason of the importance of some lands then considered to be surplus to the railway requirements or by reason of the value of those lands or perhaps by reason of the awareness in CP

n'ait été effectuée que le 1^{er} février 1893. La première vente de terrain appartenant à POO a eu lieu un mois plus tard.

En plus des ventes que je viens de mentionner, CP a également vendu un nombre considérable de terrains excédentaires à Marathon, une filiale en propriété exclusive de Canadian Pacific Investments Ltd. (ci-après «CPI»). Marathon fut constituée en société en 1963 dans le but d'acquérir et de mettre en valeur les biens réels de CP dont celle-ci n'avait pas besoin pour développer son réseau de chemin de fer et qui offraient un intérêt économique. Les terrains qui ont été vendus à Marathon entre 1963 et 1967 l'ont été à leur valeur comptable et non à leur valeur marchande parce que Marathon était une filiale en propriété exclusive de CPI, qui était elle-même, avant septembre 1967, une filiale en propriété exclusive de CP. La contrepartie totale reçue par CP pour les ventes de terrains excédentaires à Marathon est de 8 904 928,07 \$. La valeur marchande estimée de ces ventes de terrains à Marathon s'établirait entre 11 818 513,83 \$ et 12 730 503,83 \$.

Il est également important de noter qu'une bonne partie des terrains vendus à Marathon était des terrains excédentaires que CP avait acquis après la signature du Bail et qui étaient situés dans les trois secteurs qui formaient ensemble la totalité des terrains d'O & Q. CP avait cependant obtenu un titre de propriété de ces terrains après avoir acquis ces biens en son propre nom.

Le produit total des ventes de tous les terrains faisant partie des secteurs contrôlés par O & Q, TG & B et POO entre 1884 et février 1974 s'établit donc à 15 797 809,26 \$, après rajustement pour tenir compte de la valeur marchande des terrains. Ce montant comprend les ventes de terrains à Marathon ainsi que les ventes de terrains acquis par CP après le Bail (et enregistrés en son nom), situés dans un des trois secteurs formant ensemble la totalité des terrains d'O & Q.

e) *Marathon*

En 1967, CP procéda à une réorganisation générale des procédures suivies pour l'aliénation des terrains excédentaires, en raison de l'importance de certains terrains qui n'étaient plus considérés

of the viewpoint of the minority shareholders of O & Q and/or the debenture stockholders, CP undertook a basic reorganization of its surplus disposal processes. At that time CP entered into a sub-lease to Marathon for a 99-year term of certain designated surplus lands together with an option in Marathon to lease lands becoming surplus in the future. Rental for these lands was based upon book value together with the original cost of improvements on those lands. All the parties agreed that this rental was substantially below market rental at the time. This procedure proved to be unsatisfactory to Marathon whose role in the CP group was to develop and market these surplus lands according to their inherent values. To do so, external financing was essential but this became difficult if not impossible to arrange because Marathon could not grant, as an owner in fee simple, mortgages on these lands. Furthermore, land exchanges, dedications for streets, and exchanges for street closing were impossible. In short, the intricacies of modern real estate development demanded a better root of title in Marathon than that of a sub-lessee, however long the term of the sub-lease. Accordingly, CP installed in O & Q a Board of Directors which did not include any CP employees and which came to be regarded apparently by all parties as an independent board. This was a sharp change from the past where, since the Lease, all directors and officers of O & Q were employees of CP with the exception of Sir Edmund Osler, the President at the time of the Lease and until 1912.

In order to clothe Marathon with merchantable title to lands theretofore leased by CP and/or O & Q to Marathon, an agreement was entered into in 1973 whereby O & Q and CP agreed to sell and convey to Marathon all the lands in question free from incumbrance for a price of \$8.8 million

comme nécessaires à l'exploitation du réseau ou en raison de la valeur de ces terrains ou, peut-être, pour tenir compte du point de vue des actionnaires minoritaires d'O & Q et des porteurs d'actions-débetures. À cette époque, CP a conclu un sous-bail avec Marathon pour une durée de 99 ans ayant pour objet certains terrains excédentaires désignés et a accordé à Marathon l'option de prendre à bail les terrains dont CP n'aurait plus besoin à l'avenir. Le loyer relatif à ces terrains était calculé à partir de leur valeur comptable à laquelle venait s'ajouter le coût initial de leur mise en valeur. Toutes les parties s'accordent sur le fait que ce loyer était nettement inférieur au loyer du marché à l'époque. Cette façon de procéder s'est révélée peu satisfaisante pour Marathon dont le rôle à l'intérieur du groupe CP était de mettre en valeur et de commercialiser ces terrains excédentaires en fonction de leur véritable valeur. Il lui aurait fallu pour ce faire avoir accès à un financement externe, mais celui-ci était difficile, voire impossible à obtenir parce que Marathon n'était pas en mesure d'hypothéquer ces terrains, n'ayant pas la qualité de propriétaire en fief simple. En outre, Marathon ne pouvait procéder à des échanges de terrain, à l'affectation de terrains à la construction de rues, ni à des échanges pour la fermeture de rues. Bref, la complexité de la promotion immobilière moderne exigeait que Marathon dispose d'un meilleur titre de propriété que celui de sous-preneuse, quelle que puisse être la durée du sous-bail. C'est pourquoi CP a constitué un conseil d'administration d'O & Q qui ne comprenait aucun employé de CP et que toutes les parties semblent avoir considéré comme un conseil indépendant. Ce nouveau conseil tranchait nettement par rapport à la situation antérieure dans laquelle, depuis le Bail, tous les dirigeants et administrateurs d'O & Q étaient des employés de CP, à l'exception de sir Edmund Osler, qui était président au moment du Bail et l'est demeuré jusqu'en 1912.

Pour conférer à Marathon un meilleur titre de propriété sur les terrains qui lui avaient été jusque-là simplement donnés à bail par CP ou O & Q, celles-ci ont conclu en 1973 un contrat avec Marathon en vertu duquel elles convenaient de vendre et de céder à Marathon tous les terrains en

“being the amount determined by O & Q and Canadian Pacific as the value of the Scheduled Lands free from incumbrance”. In fact this consideration approximated an independent appraisal obtained by O & Q but was about a million dollars less than an independent appraisal procured at the same time by CP but unknown to the directors of O & Q. The agreement also recognized that CP was conveying to Marathon CP's reversionary interest in the 99-year lease theretofore granted by CP to Marathon and for which CP under the agreement was to receive \$255 000 from Marathon. This amount was included in the \$8.8 million total appraised value for the surplus lands.

The agreement between CP, Marathon and O & Q recited s. 2 of the *Act respecting the Canadian Pacific Railway Company*, S.C. 1891, c. 70, referred to in these proceedings as the “1891 CP Act”. Section 2 requires that the proceeds of sale received by CP of lands surplus to its railway requirements shall be invested in the rolling stock or other permanent improvements to CP's railway line. The section provides further that any company whose railway forms a part of CP (here the O & Q) may likewise dispose of surplus lands but with the consent of CP. The Marathon agreement called for a joint conveyance by CP and O & Q so that the question as to whether the grantor should be one or the other does not arise. This agreement was authorized by the shareholders of O & Q at a meeting purportedly called in accordance with the by-laws of that company. At the meeting CP voted all its share-holdings in O & Q and thus overrode the objections of the minority stockholders of the Company to the Marathon transaction. The issue as to whether the meeting of O & Q was duly held in accordance with applicable statutes and the by-laws of the Company will be discussed later. The Marathon agreement, though approved by

question libres de toute charge pour un prix de 8,8 millions de dollars [TRADUCTION] «montant de la valeur des terrains décrits en annexe, libres de toute charge, évalué par O & Q et Canadien Pacifique». En fait, le montant de cette contrepartie était proche de celui auquel était arrivée une évaluation indépendante obtenue par O & Q, mais il était inférieur d'environ un million de dollars au montant fixé par une évaluation indépendante obtenue à cette époque par CP mais dont les administrateurs d'O & Q n'avaient pas eu connaissance. Le contrat prévoyait également que CP cédait à Marathon son droit réversif découlant du bail de 99 ans qu'avait consenti CP à Marathon et pour lequel CP devait recevoir de Marathon 255 000 \$ aux termes du contrat. Ce montant était inclus dans la somme de 8,8 millions de dollars à laquelle avaient été évalués les terrains excédentaires.

Le contrat conclu entre CP, Marathon et O & Q reprenait l'art. 2 de l'*Acte concernant la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique*, S.C. 1891, chap. 70 (ci-après la «*Loi de 1891 concernant CP*»). Cet article 2 prévoyait que le produit de la vente des terrains dont CP n'avait plus besoin pour exploiter son réseau devait être investi dans du matériel roulant ou dans des améliorations permanentes au réseau de CP. Cet article prévoyait en outre qu'une compagnie dont le chemin de fer faisait partie du réseau de CP (en l'espèce O & Q) pouvait également aliéner les terrains excédentaires, mais avec le consentement de CP. Le contrat conclu avec Marathon prévoyait que CP et O & Q effectueraient une cession conjointe de terrains afin que la question de savoir si le cédant était l'une ou l'autre de ces compagnies ne puisse pas se poser. Ce contrat fut autorisé par les actionnaires d'O & Q lors d'une assemblée apparemment convoquée conformément aux statuts de cette compagnie. Lors de cette assemblée, CP utilisa tous les votes correspondants aux actions qu'elle détenait dans O & Q, ce qui lui permit de passer outre aux objections soulevées par les actionnaires minoritaires de la compagnie à l'égard de la conclusion de ce contrat avec Marathon. Nous examinerons plus loin la question de savoir si l'assemblée des actionnaires d'O & Q était conforme aux lois applicables et aux statuts

O & Q, CP and Marathon, was not completed pending the outcome of these court proceedings.

(f) *Abandonments*

Allied to the problem of sale of surplus lands was CP's practice of abandoning some parts of the O & Q railway system when they became, in the opinion of CP, uneconomic to operate and where the requisite regulatory authority to abandon these lines was obtained. In 1932 CP, with the appropriate public authority approval, ceased to operate 19.1 miles of a line leased by TG & B to O & Q for 999 years and thereafter included in the 1884 Lease to CP. In a series of transactions in the years following, CP sold 17.35 miles of this discontinued rail section. In none of these transactions was there any reference in the conveyancing mechanics to board authority by TG & B for the sales. Some of the lands sold had been registered in the name of CP and others were registered in the sole name of TG & B. There is no explanation in the record as to how some of these grantees were persuaded to take title from a grantor who was not the registered owner on title. The Board of Railway Commissioners approved this line closure but the record does not reveal how this was brought about without any participation by TG & B and O & Q.

The gross proceeds from the sale of this 17.35 miles of right-of-way amounted to a consideration which averaged \$26.75 per transaction, or \$1 444.50 in all. These moneys did not find their way into the financial statements of O & Q. The effect of these sales was the discontinuance of part of the main TG & B line from Toronto to Owen Sound. Expenditures by CP on those parts of the O & Q railway line for its maintenance in accordance with the 1884 Lease far exceeded the proceeds of these sales. If the *1891 CP Act* applies to these sales, this fact may be relevant.

de la compagnie. Bien qu'approuvé par O & Q, CP et Marathon, ce contrat n'a pas été signé, les parties préférant attendre l'issue des poursuites en cours.

^a f) *Les abandons de terrains*

^b Un problème connexe à celui de la vente des terrains excédentaires était la pratique de CP d'abandonner certains secteurs du réseau de chemin de fer d'O & Q, lorsque CP estimait que leur exploitation n'était plus rentable et lorsque CP obtenait l'autorisation réglementaire exigée pour l'abandon de ces lignes de chemins de fer. En 1932, CP obtint l'autorisation officielle exigée pour cesser d'exploiter 19,1 milles d'une ligne donnée à bail par TG & B à O & Q pour 999 ans et qui avait été incluse par la suite dans le Bail de 1884 consenti à CP. À la suite d'une série d'opérations intervenues au cours des années qui suivirent, CP vendit 17,35 milles de cette ligne de chemin de fer abandonnée. Aucune de ces opérations ne fait mention d'une autorisation que le conseil de TG & B aurait donnée à la cession de ces terrains. Certains terrains vendus avaient été enregistrés au nom de CP alors que d'autres étaient uniquement enregistrés au nom de TG & B. Le dossier ne contient aucune indication pouvant expliquer comment certains de ces cessionnaires ont accepté un titre de propriété d'un cédant qui n'était pas le propriétaire enregistré du titre. La Commission des chemins de fer du Canada approuva la fermeture de cette ligne, mais le dossier n'indique pas comment cette approbation fut obtenue sans que TG & B et O & Q y aient participé.

^c Le produit brut de la vente de ces 17,35 milles d'emplacement de voie représentait une contrepartie qui s'établit en moyenne à 26,75 \$ par opération, soit 1 444,50 \$ au total. Ces sommes ne furent pas consignées dans les états financiers d'O & Q. Ces ventes entraînent l'abandon d'une partie de la ligne principale de TG & B entre Toronto et Owen Sound. Les dépenses effectuées par CP pour l'entretien de ces sections de la ligne de chemin de fer d'O & Q conformément au Bail de 1884 étaient largement supérieures au produit de ces ventes. Ce fait pourrait être pertinent si on arrive à la conclusion que la *Loi de 1891 concernant CP* est applicable à ces ventes.

The second significant abandonment took place in 1971 when CP and O & Q as joint applicants obtained the approval of the Canadian Transport Commission to abandon 60.9 miles of the O & Q railway line between Tweed (north of Belleville, Ontario) and Glen Tay (south of Smiths Falls, Ontario). In the CTC application, the abandoned line was referred to as a branch line but was in fact the former main line of O & Q between Toronto and Montréal. Upon the abandonment of the line the rails were removed but title to the line remains in either O & Q or CP, there having been no sales of this land (although an easement has been granted to Bell Canada to permit it to install a buried cable). The evidence is that restoration of this line to operating condition would cost about \$12 million. Upon this abandonment, rail traffic in the CP system between Toronto and Montréal was carried on another line which had subsequently been acquired by CP from another railway company. This line was apparently acquired by CP because of the unsatisfactory condition and route of the O & Q line and because the later acquired rail line serviced three or four principal urban areas along the north shore of Lake Ontario whereas the O & Q line passed through largely uninhabited rock and lake country with much smaller centers of population.

(g) *Purchase of Shares*

When the 1884 Lease was signed by CP and O & Q there was no direct ownership of O & Q shares by CP or *vice versa*. The only shares of O & Q held by CP prior to 1919 were eight qualifying shares for board members. Sir Edmund Osler held 250 shares in his own right at 1884 and presumably held at least one share throughout his tenure as President. For some unexplained reason CP slowly and spasmodically began to accumulate O & Q shares from 1919 onward, and by 1964 CP held almost 2 300 out of a total issued and outstanding of 20 000. By 1974 CP holdings had increased to 15 824 shares or 79.14 per cent of all

Un deuxième abandon de lignes important eut lieu en 1971 après que CP et O & Q eurent présenté une demande conjointe à la Commission canadienne des transports en vue de l'abandon de 60,9 milles de la ligne de chemin de fer d'O & Q reliant Tweed (au nord de Belleville, en Ontario) et Glen Tay (au sud de Smiths Falls, en Ontario). Dans la demande présentée à la CTC, la ligne abandonnée était qualifiée d'embranchement alors qu'elle constituait en fait auparavant une section de la ligne principale d'O & Q entre Toronto et Montréal. Après l'abandon de la ligne, on enleva les rails mais le titre de propriété de cette ligne appartient toujours à O & Q ou à CP, puisque ce terrain n'a jamais été vendu (bien que Bell Canada ait obtenu une servitude sur ce terrain pour y installer un câble souterrain). Les éléments de preuve apportés indiquent que la remise en état de cette ligne de chemin de fer en vue de son exploitation coûterait environ 12 millions de dollars. Après l'abandon de cette ligne, le trafic ferroviaire du réseau de CP entre Toronto et Montréal emprunta une autre ligne que CP avait acquise par la suite d'une autre compagnie de chemin de fer. Il semble que CP ait acquis cette ligne en raison des problèmes causés par l'état et le tracé de la ligne d'O & Q et parce que la ligne de chemin de fer acquise par la suite desservait trois ou quatre régions urbaines importantes le long de la rive nord du lac Ontario, alors que la ligne d'O & Q traversait un secteur de lacs et de collines presque inhabité comprenant quelques centres beaucoup moins peuplés.

g) *L'achat d'actions*

Lorsque CP et O & Q signèrent le Bail de 1884, CP n'était propriétaire d'aucune action d'O & Q et vice versa. Avant 1919, les seules actions d'O & Q que détenait CP étaient les huit actions d'éligibilité pour les membres du conseil. Sir Edmund Osler possédait personnellement 250 actions en 1884 et il faut présumer qu'il a détenu au moins une action au cours de son mandat de président. Pour une raison inexplicquée, CP commença peu à peu et par à-coups à acheter des actions d'O & Q à partir de 1919 et elle détenait en 1964 un portefeuille comprenant presque 2 300 actions sur un total de 20 000 actions émises et en circulation. En

outstanding shares. The share-holdings of CP and the other parties herein, at dates of significance in these proceedings, are as follows:

- (a) At the commencement of the Eaton action on October 5, 1973, and at the date of the special general meeting of O & Q shareholders to confirm the Marathon agreement (September 11, 1973), CP held 15 828 shares and the parties to these actions other than CP held approximately 2 777 shares. The balance of share-holdings is not herein represented;
- (b) By December 15, 1969, CP had acquired slightly more than 50 per cent of the stock of O & Q;
- (c) In 1949 the appellant Eaton bought 698 shares and the balance of its holdings of 777 shares in 1960;
- (d) The plaintiff Pope became a shareholder of O & Q some time prior to December 1967 and at the time of the commencement of his action, he owned or held proxies for shares in excess of 2 000;
- (e) At the election of the members of the "independent" board of O & Q in 1973 CP sold to each new member of the board 50 shares in O & Q at \$72 per share being the value calculated by CP of a perpetual security bearing interest at the rate of 6 per cent per annum.

The record also reveals that by the time these actions were commenced CP owned 68 per cent of the outstanding shares of TG & B. The minority shareholders of TG & B have not appeared in these proceedings nor does the record reveal any actions brought or participated in by any of them. The record also reveals that CP owns 100 per cent of the capital stock of WOP.

(h) *Financial Statements*

The financial statements of O & Q throw very little light on the operations of the Company to the extent any such operations were carried on. The

1974, le nombre d'action que détenait CP était passé à 15 824, soit 79,14 pour 100 de toutes les actions en circulation. Voici le nombre d'actions que détenaient CP et les autres parties au présent pourvoi, à certaines dates qui revêtent une importance ici:

- a) Au début de la poursuite d'Eaton intentée le 5 octobre 1973 et à la date de l'assemblée générale spéciale des actionnaires d'O & Q convoquée pour confirmer le contrat de Marathon (le 11 septembre 1973), CP détenait 15 828 actions et les autres parties à ces poursuites en détenaient environ 2 777. Les autres actionnaires ne sont pas mentionnés ici;
- b) Au 15 décembre 1969, CP avait acquis un peu plus de la moitié des actions d'O & Q;
- c) En 1949, l'appelant Eaton acheta 698 actions et le reste de son portefeuille de 777 actions en 1960;
- d) Le demandeur Pope devint actionnaire d'O & Q un peu avant le mois de décembre 1967 et, au commencement de sa poursuite, il était propriétaire ou détenteur de procurations à l'égard de plus de 2 000 actions;
- e) Lors de l'élection des membres du conseil «indépendant» d'O & Q en 1973, CP a vendu à chacun des nouveaux membres du conseil 50 actions d'O & Q au prix de 72 \$ l'action soit, d'après les calculs de CP, la valeur d'un titre à perpétuité portant intérêt à un taux annuel de 6 pour 100.

Le dossier indique également qu'au moment où ces poursuites ont été intentées, CP possédait 68 pour 100 des actions en circulation de TG & B. Les actionnaires minoritaires de TG & B n'ont pas comparu dans la présente instance et le dossier n'indique pas qu'un de ces actionnaires ait intenté une action ou qu'il soit intervenu. Il ressort également du dossier que CP possède 100 pour 100 du capital social de POO.

h) *Les états financiers*

Les états financiers d'O & Q jettent très peu de lumière sur les activités de la compagnie, pour autant qu'elle en ait exercé. Les premiers états

first financial statements in the record are for the fiscal year ending December 31, 1948. The liabilities of the Company were \$2 000 000 in capital stock and \$19 502 591 in 5 per cent debenture stock for a total of \$21 502 591. The assets recorded consist entirely of "Property Investment—Cost of Road" in like amount so that the balance sheet is in balance without any reference to the surplus or deficit and without reference to any details of how and when the cost of the O & Q railway was incurred. Post-1884 construction of railway lines in the O & Q system was undertaken entirely by CP and financed by issuing O & Q debenture stock guaranteed, as earlier described, by CP. The income account is even simpler. Interest on the debenture stock and on the capital stock at 5 and 6 per cent respectively exactly balances the "Income from Lease of Road" so that the income statement is flat. Statements for the years ending December 31, 1973, are identical with respect to the assets and liabilities and vary only with respect to the income statement and then apparently only according to the actual rent received in each year. All rent so received was distributed in the same year so that there was no deficit and no surplus in any of the 25 years covered by these statements. Until the statements for the year 1952, the statements bore only a statement "certified correct" signed by an unidentified person. From 1953 onwards the certification continues but the statements bear an endorsement approved on behalf of the board executed by two directors. Commencing in the year 1955 the certification is countersigned over the word "Auditor" and the financial statements include the statement "The Company had no income for 1955 nor had it the right to any income". Reference is then made to the 1884 Lease. For the fiscal year 1972 an auditor's report appears at the foot of the statement signed by someone identified below the signature by the word "Auditor". The certificate states: "In my opinion the said balance sheet presents fairly the financial position of the Company at December 31, 1972, as lessor under the said leases, and is in accordance with generally accepted accounting

financiers figurant au dossier concernent l'année financière se terminant le 31 décembre 1948. Le passif de la compagnie comprenait 2 000 000 \$ de capital social et environ 19 502 951 \$ représentant les actions-débetures à 5 pour 100, pour un total de 21 502 591 \$. L'actif est comptabilisé sous la rubrique [TRADUCTION] «Investissement—Coût des voies» pour ce montant, de sorte que le bilan est équilibré sans qu'on y mentionne l'existence d'un déficit ou d'un surplus et sans mention des détails sur la façon dont les coûts relatifs au chemin de fer d'O & Q ont été engagés ou sur le moment où ils l'ont été. Après 1884, CP s'est chargée seule de la construction des lignes de chemin de fer du réseau d'O & Q, la finançant par l'émission d'actions-débetures d'O & Q garanties par CP, comme je l'ai déjà décrit. Le compte de revenu est encore plus simple. L'intérêt sur les actions-débetures et les actions portant intérêt à 5 et 6 pour 100 respectivement équilibre exactement le [TRADUCTION] «Revenu provenant de la location de voies», l'état des résultats étant ainsi égal à zéro. Les états financiers correspondant aux années se terminant le 31 décembre 1973 sont identiques pour ce qui est de l'actif et du passif, les états des résultats comportant quelques différences qui semblent provenir uniquement des variations dans le montant du loyer effectivement reçu pour une année donnée. Le loyer reçu au cours d'une année était distribué au cours de cette même année, de sorte qu'on ne constate aucun déficit ni surplus pendant les 25 années visées par ces états financiers. Jusqu'aux états financiers de 1952, les états portent uniquement la déclaration [TRADUCTION] «certifié exact» signée par une personne non identifiée. À partir de 1953, cette mention paraît encore mais les états portent un endorsement approuvé au nom du conseil et signé par deux administrateurs. À partir de 1955, la mention est contresignée sur le mot [TRADUCTION] «vérificateur» et la déclaration [TRADUCTION] «La compagnie n'avait aucun revenu en 1955 et n'avait pas le droit d'en recevoir» figure sur les états financiers. On mentionne alors le Bail de 1884. Pour l'année financière 1972, un rapport de vérificateur figure au bas de la déclaration accompagnée de la signature d'une personne identifiée sous la signature par le mot [TRADUCTION] «vérificateur». Le rapport

principles applied on a basis consistent with that of the preceding year”.

None of these statements record any income or any receipts from the sale of O & Q land by CP. Whether the proceeds of sale should be classified as capital or income receipts of O & Q or might be properly taken directly into the accounts of CP in either category remains to be answered in accordance with the determination of the principal issues herein arising. The financial statements in the exhibits in the record are themselves of little probative value inasmuch as they clearly assert the view of the 1884 Lease held by CP throughout the years covered by these statements.

3. Lower Court Decisions

Hughes J. sitting at trial disposed of these many issues as follows:

- (a) The perpetual lease at common law represents a contradiction of terms but the Court need not consider the position of the lease under the common law because Parliament has the authority to create such an estate and did so in a series of enactments dealing with the railway undertakings of these companies.
- (b) The three perpetual leases must be treated and regarded as leases under the general law despite their perpetual terms.
- (c) None of the leases can be construed as granting to CP the power to sell surplus lands.
- (d) Section 2 of the 1891 CP Act does not apply to permit CP to sell these surplus lands because the O & Q lands were not subject to any incumbrance which is a pre-

énoncé: [TRADUCTION] «Je déclare que ce bilan représente fidèlement la situation financière de la compagnie au 31 décembre 1972, en qualité de bailleresse des dits baux, et qu'il a été établi selon les principes comptables généralement reconnus appliqués sur une base conforme à celle de l'année antérieure».

Ces états financiers ne mentionnent aucunement que la vente des terrains d'O & Q par CP ait entraîné un revenu ou des recettes. La question de savoir si le produit de la vente de ces terrains devrait être classé sous la rubrique capital ou recettes d'O & Q, ou être inscrite directement dans les livres comptables de CP sous l'une ou l'autre rubrique sera tranchée conformément à la décision sur les principales questions en litige dans le présent pourvoi. Les états financiers versés au dossier n'ont en eux-mêmes qu'une faible force probante parce qu'ils reflètent directement l'interprétation qu'a donnée CP au Bail de 1884 au cours des années qui correspondent à ces états financiers.

3. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Au procès, le juge Hughes a statué de la façon suivante sur ces nombreuses questions en litige:

- a) Selon les principes de la *common law*, l'expression bail à perpétuité est contradictoire, mais il n'est pas nécessaire d'examiner la nature de ce bail à la lumière des principes de la *common law*, parce que le Parlement possède le pouvoir de créer un domaine de ce genre, pouvoir qu'il a d'ailleurs exercé en adoptant une série de textes législatifs concernant les entreprises de chemin de fer de ces compagnies.
- b) Les trois baux à perpétuité doivent être considérés comme des baux en vertu des principes généraux du droit malgré leur durée perpétuelle.
- c) Aucun de ces baux ne peut être interprété de manière à accorder à CP le pouvoir de vendre les terrains excédentaires.
- d) L'article 2 de la *Loi de 1891 concernant CP* n'a pas pour effet d'autoriser CP à vendre ces terrains excédentaires, parce que les terrains d'O & Q n'étaient affectés d'au-

requisite to the exercise of the power of sale under that provision. The debenture stock was a floating charge and did not qualify under that Act as an incumbrance.

(e) CP is a constructive trustee on behalf of O & Q of the proceeds received by CP on the sale of lands under the 1884 Lease.

(f) CP employees sitting on the O & Q Board did not in law have an interest in the 1884 Lease and therefore were not disqualified by s. 53(2) of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2.

(g) By s. 6 of the *Act to amend the Canadian Pacific Railway Act, 1889, and for other purposes*, S.C. 1890, c. 47, CP was empowered to purchase shares in O & Q and was free in law to exercise voting rights attached to any such shares in the meeting of the O & Q shareholders confirming the Marathon agreement. Such action taken by CP did not constitute oppression or fraud on the minority.

(h) A meeting of shareholders of O & Q held September 11, 1973, was not validly held by reason of defective notice calling the meeting.

(i) The abandonments by CP of part of the TG & B railway line and part of the O & Q line constituted a breach of the Lease of 1884 thereby entitling O & Q to treat the Lease as void.

(j) Section 46 of *The Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, was not pleaded and cannot be relied upon by CP but in any event the breaches of the Lease by CP are continuing and the limitation periods would not have run.

In the result, a reference was made to the Master to determine the many details in connection with the sales of surplus lands and CP was directed to pay to O & Q the proceeds of all sales of lands leased to CP under the three leases deter-

cune redevance, ce qui constitue une condition préalable à l'exercice d'un droit de vente aux termes de cette disposition. Les actions-débiteures constituent une charge flottante et ne peuvent donc être qualifiés de redevance au sens de cette loi.

e) CP est fiduciaire par interprétation pour le compte d'O & Q à l'égard du produit de la vente des terrains visés par le Bail de 1884.

f) Les employés de CP qui siégeaient au conseil d'administration d'O & Q n'avaient aucun droit à l'égard du Bail de 1884 et n'étaient donc pas désqualifiés par l'effet du par. 53(2) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2.

g) En vertu de l'art. 6 de l'*Acte modifiant l'Acte du chemin de fer Canadien du Pacifique, 1889, et à d'autres fins*, S.C. 1890, chap. 47, CP avait le droit d'acheter des actions d'O & Q ainsi que celui d'exercer juridiquement les droits de vote découlant de ces actions à l'assemblée des actionnaires d'O & Q, au cours de laquelle le contrat de Marathon a été ratifié. La conduite de CP sur ce point ne constitue pas un abus de pouvoir ou une fraude à l'égard des actionnaires minoritaires.

h) L'assemblée des actionnaires d'O & Q tenue le 11 septembre 1973 n'est pas valide en raison de l'insuffisance de l'avis de convocation.

i) Les abandons par CP d'une partie des lignes de chemin de fer de TG & B et d'une partie du réseau d'O & Q constituent des violations du Bail de 1884, autorisant ainsi O & Q à considérer le Bail comme résilié.

j) CP n'a pas invoqué l'art. 46 de la *Limitations Act*, R.S.O. 1970, chap. 246, et ne peut donc se fonder sur ces dispositions, mais, de toute façon, les violations du Bail qui sont le fait de CP étant de nature continue, il n'y aurait pas eu prescription.

Finalement, il y a eu renvoi devant le protonotaire pour qu'il règle un certain nombre de questions relatives à la vente des terrains excédentaires et CP a reçu l'ordre de verser à O & Q le produit de toutes les ventes de terrains donnés à bail à CP

mined according to the fair market value at the date of the conveyance in question with interest at the rate of 5 per cent per annum.

The Court of Appeal reduced the recovery by O & Q after making several determinations:

1. Power of Sale under the Leases

The majority (Goodman and Arnup J.A.) of the Court found that O & Q had the power to sell its own lands and that this power was granted to CP under the leases.

Zuber J.A., in dissent, would have found no such power in CP to sell O & Q lands under the leases.

2. Power of Sale under the 1891 CP Act

The majority of the Court concluded that CP had no power of sale with respect to O & Q lands by virtue of this statute because the lands were not incumbered within the meaning of that term in the statute. Zuber J.A. in dissent concluded that the lands of O & Q were incumbered within the meaning of the section by the debenture stock which in his view was a specific charge, but he nonetheless concluded as noted above that CP had no power to sell O & Q lands.

3. Limit on Recovery by O & Q

All members of the Court agreed that O & Q was entitled only to recover the value of its reversionary interest in its land and not the entire fair market value of the lands sold.

4. All members of the Court also agreed on the following:

- (a) The abandonments by CP of the two segments of the O & Q railway were not a breach of the leases.
- (b) The notice calling the shareholders meeting for the approval of the Marathon agreement was not in law invalid and the meeting was regularly held.

en vertu des trois baux, ce montant devant être calculé selon la valeur marchande des terrains à la date de la cession en question et porter intérêt au taux annuel de 5 pour 100.

La Cour d'appel a réduit l'indemnité accordée à O & Q après avoir statué sur un certain nombre de questions:

1. Pouvoir de vente en vertu des baux

La Cour à la majorité (les juges Goodman et Arnup) a conclu qu'O & Q avait le pouvoir de vendre ses propres terrains et que ce pouvoir avait été transmis à CP en vertu des baux.

Le juge Zuber, dissident, n'a pas conclu que les baux accordaient à CP le pouvoir de vendre les terrains d'O & Q.

2. Pouvoir de vente en vertu de la Loi de 1891 concernant CP

La Cour à la majorité a conclu que CP n'avait pas le pouvoir de vendre les terrains d'O & Q en vertu de cette loi, parce que les terrains n'étaient pas affectés d'une redevance, au sens donné à ce terme par cette loi. Le juge Zuber, dissident, a déclaré que les terrains d'O & Q étaient affectés d'une redevance au sens de cet article en raison des actions-débetures qui constituaient d'après lui une charge déterminée, mais il a néanmoins conclu, comme je l'ai déjà mentionné, que CP n'avait pas le pouvoir de vendre les terrains d'O & Q.

3. Réduction de l'indemnité accordée à O & Q

Tous les juges de la Cour ont reconnu qu'O & Q n'avait que le droit de recouvrer la valeur de son droit réversif sur ses terrains et non celui de recouvrer toute la valeur marchande des terrains vendus.

4. Tous les juges de la Cour sont également d'accord sur les points suivants:

- a) l'abandon par CP de deux sections du chemin de fer d'O & Q ne constitue pas une violation des baux,
- b) l'avis de convocation de l'assemblée des actionnaires portant sur l'approbation du contrat de Marathon n'est pas invalide en droit et l'assemblée a été régulièrement tenue,

- (c) The surplus lands remained subject to the leases and there was therefore no adverse possession under *The Limitations Act*.
- (d) The reduced monetary judgment carried simple interest as prescribed by the trial judge.

- c) les terrains excédentaires sont toujours visés par les baux et il n'y a donc pu y avoir de possession adversative entraînant l'application de la *Limitations Act*,
- d) le montant réduit accordé par jugement porte intérêt au taux simple, comme l'a prescrit le juge de première instance.

In the realities of commerce in southern Ontario at the time of trial it was apparent to all that the lands initially encompassed in the leases to CP by O & Q were not all required for the present-day operation of the consolidated railway system of O & Q as taken over by CP under these leases. There is no dispute as to these lands being surplus to the operating requirements of CP and O & Q in the maintenance and operation of the undertaking of O & Q. What is in dispute is the right of CP through any procedure to dispose of these lands to third parties, at arm's length or otherwise. In the event that a right to do so exists, is O & Q entitled to either the proceeds of sale or the fair market value in the case of non-arm's length sales? The major abandonment of the Tweed-Glen Tay line raises other issues of fundamental importance. There are as well many subsidiary issues bearing on the determination of these principal issues to which reference will later be made.

Compte tenu des réalités de la vie commerciale dans le sud de l'Ontario au moment du procès, il est apparu à tous que les terrains visés initialement par les baux consentis par O & Q à CP n'étaient pas tous nécessaires à l'exploitation du réseau de chemin de fer fusionné d'O & Q, tel qu'il avait été pris en charge par CP en vertu de ces baux. Il n'est pas contesté que ces terrains ne sont pas nécessaires à CP et à O & Q pour l'entretien et l'exploitation de l'entreprise d'O & Q. Par contre, le droit de CP d'aliéner ces terrains à des tiers, à des personnes indépendantes ou autres, lui est contesté. Dans l'hypothèse où un tel droit existerait, O & Q a-t-elle droit au produit de la vente ou à la valeur marchande de ces terrains dans le cas des ventes à des personnes liées? Le principal abandon, celui de la ligne Tweed-Glen Tay, soulève d'autres questions d'une importance fondamentale. Il existe en outre de nombreuses questions subsidiaires qui affectent le règlement des questions principales, questions auxquelles je reviendrai plus loin.

As noted, in 1973 CP determined to address the whole issue of the sale of surplus lands under lease. CP's plan (discussed in greater detail later) was to establish a board of directors of O & Q who were wholly independent from CP and then to cause such board to negotiate with CP for the sale of these surplus lands to Marathon, a wholly-owned subsidiary of CPI, which in turn was 80 per cent owned by CP. It was not unanticipated that litigation would follow upon the adoption of any such procedure. Because CP was already obligated by the Lease to make such expenditures as from time to time necessary to ensure the efficient operation of the O & Q system, the minority shareholders and the debenture stockholders took the view that the investment of the proceeds from the sale of surplus lands in the O & Q railway system simply reduced the expenditures by CP which would otherwise have been required under the Lease.

Comme je l'ai noté, en 1973 CP a décidé de revoir toute la question de la vente des terrains excédentaires visés par les baux. Le plan de CP (que nous examinerons plus en détail) prévoyait la création d'un conseil d'administration d'O & Q dont les membres seraient complètement indépendants de CP et qui serait chargé de négocier avec CP la vente des terrains excédentaires à Marathon, une filiale en propriété exclusive de CPI, dont CP était propriétaire à 80 pour 100. On n'était pas sans s'attendre à ce que l'adoption d'un plan de ce genre puisse donner lieu à des litiges. En effet, CP était déjà tenue en vertu du Bail d'effectuer les dépenses qu'exigeait une exploitation efficace du réseau d'O & Q, et les actionnaires minoritaires et les porteurs d'actions-débetures estimaient que l'investissement du produit de la vente des terrains excédentaires dans le réseau de chemin de fer d'O & Q réduisait d'autant les dépenses qu'aurait dû

Hence, in the view of the minority shareholders of O & Q, the sale of surplus lands of O & Q represented a loss of reversionary interest to O & Q and a gain to CP because of its reduced burden of maintenance of the system under the Lease; and accordingly these shareholders and debenture holders took the view that the proceeds from sale of surplus lands should go directly to O & Q in replacement of the departed assets which had been leased by O & Q to CP in 1884.

4. The Perpetual Lease

The perpetual lease is unknown to the common law: *Doe d. Robertson v. Gardiner* (1852), 12 C.B. 319, at p. 333; *Sevenoaks, Maidstone & Tunbridge Railway Co. v. London, Chatham & Dover Railway Co.* (1879), 11 Ch. D. 625, at p. 635. Under the common law such a lease is interpreted either as being a lease from year to year or as being in law a conveyance subject to a rent-charge interest (*Doe d. Robertson v. Gardiner, supra*). The result under art. 1593 of the *Quebec Civil Code* is similar:

1593. The alienation in perpetuity of immoveable property for an annual rent, is equivalent to a sale. It is subject to the same rules as the contract of sale in so far as they can be made to apply.

It might therefore be arguable on the basis of common law that in the circumstances of these leases the perpetual leasehold element never arose in law and thus the parties to the purported lease are reduced in law to the status of parties to an ordinary contract without any accompanying estate interest; or alternatively that the lease operated as a simple conveyance of the demised premises with or without a rent-charge. Such a result would be a deprivation of O & Q and its debenture stockholders of the security represented by the leasehold interest. We are however saved in these proceedings from the exploration of these complex and ancient concepts of property law by reason of the agreement of all parties to this appeal in the courts below and in this Court that the various statutes of Canada authorizing these transactions at the same time also approved the perpetual leases, whatever their status might otherwise have

autrement effectuer CP aux termes du Bail. Par conséquent, les actionnaires minoritaires d'O & Q pensaient que la vente des terrains excédentaires d'O & Q entraînait la perte du droit réversif que détenait O & Q et un gain pour CP, puisque cela avait pour effet d'alléger l'obligation d'entretenir le réseau, comme le prévoyait le Bail; ces actionnaires et porteurs d'actions-déventures estimaient donc que le produit de la vente des terrains excédentaires devait être versé directement à O & Q en remplacement des éléments d'actif vendus qui avaient été donnés à bail par O & Q à CP en 1884.

4. Le bail à perpétuité

La notion de bail à perpétuité est étrangère à la *common law*: *Doe d. Robertson v. Gardiner* (1852), 12 C.B. 319, à la p. 333; *Sevenoaks, Maidstone & Tunbridge Railway Co. v. London, Chatham & Dover Railway Co.* (1879), 11 Ch. D. 625, à la p. 635. La *common law* interprète un tel bail comme étant soit un bail annuel, soit juridiquement une cession assujettie au droit à une rente foncière (*Doe d. Robertson v. Gardiner, précité*). L'article 1593 du *Code civil* du Québec arrive à un résultat semblable:

1593. L'aliénation d'immeubles à perpétuité par bail à rente équivaut à vente. Elle est soumise aux mêmes règles que le contrat de vente, en autant qu'elles peuvent y être applicables.

On pourrait donc s'appuyer sur la *common law* pour soutenir qu'en l'espèce il n'a jamais été question, sur le plan juridique, de baux à perpétuité et que, par conséquent, les parties au bail en cause ne conservent en droit que la qualité de parties à un contrat ordinaire non attributif de droit de propriété. Subsidiairement, on pourrait prétendre que le bail entraînait une simple cession, avec ou sans rente foncière, des biens-fonds donnés à bail. O & Q ainsi que ses porteurs d'actions-déventures se trouveraient en conséquence privés du bénéfice de la garantie que constitue le droit créé par un bail. Nous n'avons cependant pas à examiner ici ces notions complexes et anciennes du droit des biens, parce que toutes les parties au présent pourvoi sont convenues devant les tribunaux d'instance inférieure et en cette Cour que les différentes lois du Canada autorisant les opérations en cause approuvaient en même temps les baux à perpétuité, quoi

been at common law (see p. 460, Court of Appeal decision). With respect to the interpretation of this parliamentary approval, which gives effect to an interest in property which otherwise would not be recognized by the common law, the following comments of Ross J. in *Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386 (N.S.S.C.), at p. 390, are useful:

In this case we are primarily called on to construe an Act of the Legislature and not to discuss abstruse questions of real property law. I think it is safe to say, that the Legislature never intended to inflict on the parties the Chinese puzzle that would result from a declaration such as the plaintiff seeks in this action. The Legislature enacted that on the payment of a certain amount of money the defendant should have "the use forever" of certain portions of the building for court room, Judges' room, etc. I am not concerned about giving the defendant's interest any special technical name; all I am concerned with is that the right was created by the statute and I adopt the opinion of Jessel, M.R., in the case of *Sevenoaks Maidstone & Tunbridge [sic] R. Co. v. London Chatham & Dover R. Co.* (1879), 11 Ch. D. 625, that interests unknown to the common law may be created by statute. Even if there is no such thing at common law as a lease in perpetuity I do not see why Parliament cannot create an estate equivalent to such lease. I think this reasoning finds support in the case of *Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.*, [1900] 2 Ch. 352, at p. 360.

If the Legislature has declared that the defendant is to get the "use forever" of the premises I do not see how the Court can say that it got something else. It might be different if it could be successfully urged that the Legislature obviously intended to confer a fee simple, but that is exactly what in my judgment the Legislature never intended to do. The plaintiff was and still is the owner in fee simple of the property in question, subject to the statutory rights of the defendant.

I think the words of Farwell J. in *Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.*, [1900] 2 Ch. 352, at pp. 360-61, also provide a helpful introduction to this case:

What Jessel M.R. meant [in *Sevenoaks, supra*] was that if the Legislature adopts and gives validity to a contract,

que dise la *common law* à leur sujet (voir l'arrêt de la Cour d'appel, à la p. 460). Sur la question de l'interprétation de cette approbation accordée par le législateur qui donne effet à un droit immobilier que la *common law* ne reconnaît pas, il convient de se reporter aux observations suivantes qu'a faites le juge Ross dans la décision *Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386 (C.S.N.-É.), à la p. 390:

[TRADUCTION] Notre tâche en l'espèce consiste principalement à interpréter une loi de la législature et non pas à traiter de points abstrus relevant du droit des biens réels. J'ose affirmer que le législateur n'a jamais voulu infliger aux parties le casse-tête chinois que créerait une déclaration comme celle recherchée par la demanderesse dans la présente action. La loi en cause édicte que, sur paiement d'une somme déterminée d'argent, la défenderesse aurait «la jouissance perpétuelle» de certaines parties de l'édifice pour y établir une salle d'audience, une salle des juges, etc. Il ne m'importe pas de donner au droit de la défenderesse un nom technique particulier; seul m'intéresse le fait que ce droit résulte de la loi et je fais mienne l'opinion du maître des rôles Jessel, qui a dit dans la décision *Sevenoaks Maidstone & Tunbridge R. Co. v. London Chatham & Dover R. Co.* (1879), 11 Ch. D. 625, que des droits étrangers à la *common law* peuvent naître d'une loi. Même s'il n'existe pas en *common law* de bail à perpétuité, je ne vois aucune raison pour laquelle le législateur ne pourrait pas créer un droit de propriété assimilable à un tel bail. Je crois que ce raisonnement est appuyé par la décision *Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.*, [1900] 2 Ch. 352, à la p. 360.

Si le législateur a déclaré que la défenderesse aura la «jouissance perpétuelle» des locaux en question, je vois mal comment la Cour peut dire qu'elle a reçu autre chose. Il en serait peut-être autrement si l'on pouvait à juste titre prétendre que, de toute évidence, l'intention du législateur a été de conférer un fief simple, mais c'est précisément, selon moi, ce qu'il n'a jamais eu l'intention de faire. La demanderesse était et demeure propriétaire en fief simple du bien-fonds en question, sous réserve des droits dont jouit la défenderesse de par la loi.

J'estime que les propos tenus par le juge Farwell dans la décision *Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.*, [1900] 2 Ch. 352, aux pp. 360 et 361, constituent également une introduction pratique à la présente affaire:

[TRADUCTION] Le maître des rôles Jessel a voulu dire [dans l'affaire *Sevenoaks, précitée*] que, si le législateur

it does in fact make it valid, although if it were not for that confirmation and validation it would as a contract between the parties be absolutely void.

Unless the words were so absolutely senseless that I could do nothing at all with them, I should be bound to find some meaning, and not to declare them void for uncertainty. The ground on which the Courts have declared a testator's will void for uncertainty really is that the testator was inops consilii, and it would be impossible for me to apply such a consideration as that to the Legislature of this country.

I, therefore, feel bound to give some effect to this agreement, although it may to some extent require a certain expansion of the language used.

5. Power of Sale of Surplus Lands by Lease or by Statute

This brings us to an examination of the three leases and the applicable statutes to determine whether or not a power of sale arises in CP acting either alone or in concert with O & Q, with reference to these surplus lands. The first issue that must be addressed when considering these lease arrangements is the contention by the appellants that the lands no longer required for railway purposes are no longer subject to the O & Q leases. This argument is central to the appellants' case; they claim that all of the proceeds of the sale of surplus lands ought to be paid to O & Q and all unsold surplus lands of O & Q should no longer be included in the leases.

Both the trial judge (at p. 575) and the entire Court of Appeal (at p. 477) held that the surplus lands remained subject to the O & Q Lease. I agree with their conclusions and would dismiss the appellants' argument as being without merit. The Lease clearly includes all of the lands of the consolidated railway of O & Q and there is nothing in the circumstances or in the language of the Lease to indicate otherwise. No provision can be found in the Lease that requires that lands surplus to railway requirements shall cease to be subject to the Lease. Although this is a Lease of "the consolidated railway of the lessors" (clause 1(1)), the meaning given to this phrase must accord with the

adopte et valide un contrat, celui-ci est réellement valide, quoique, en l'absence de cette confirmation et validation, il eût été, en tant que contrat entre les parties, frappé de nullité absolue.

À moins que les termes ne soient totalement inintelligibles de manière à rendre leur interprétation tout à fait impossible, je serais tenu d'en dégager un sens quelconque plutôt que de les déclarer nuls pour cause d'incertitude. Le motif que les tribunaux ont retenu pour déclarer un testament nul pour cause d'incertitude est en réalité que le testateur était inops consilii, critère que je ne saurais appliquer au législateur de notre pays.

Je me sens donc obligé de donner un effet à cet accord, bien que cela puisse nécessiter que j'élargisse dans une certaine mesure la portée de ses termes.

5. Pouvoir de vente de terrains excédentaires conféré par un bail ou une loi

Cela nous amène à un examen des trois baux en cause et des lois qui s'y appliquent, afin de déterminer si CP, seule ou avec O & Q, bénéficie d'un pouvoir de vente à l'égard des terrains excédentaires en question. Dans le contexte de ces baux, le premier point à examiner est l'argument des appelants selon lequel les terrains dont on n'a plus besoin aux fins du chemin de fer échappent à l'application des baux consentis par O & Q. Cet argument constitue la clef de voûte de la position des appelants; en effet, ils soutiennent que la totalité du produit de la vente des terrains excédentaires devrait être versée à O & Q et que les baux ne devraient plus s'appliquer aux terrains excédentaires invendus d'O & Q.

Et le juge de première instance (à la p. 575) et la Cour d'appel à l'unanimité (à la p. 477) ont conclu que les terrains excédentaires continuaient d'être assujettis au Bail consenti par O & Q. Je souscris à leurs conclusions et suis d'avis de rejeter l'argument des appelants parce qu'il est sans fondement. Visiblement, le Bail s'applique à tous les terrains de la ligne de chemin de fer fusionnée d'O & Q et ni ses termes ni les circonstances n'indiquent le contraire. Aucune disposition du Bail n'exige que les terrains qui ne sont plus requis aux fins du chemin de fer cessent d'être visés par le Bail. Bien qu'il s'agisse du Bail de la «ligne de chemin de fer fusionnée» de la bailleuse (clause

economic reality of the period. As the Court of Appeal noted at pp. 477-78 in its reasons, unanimous on this issue:

It is clear that the trial judge did not accept the submissions of the plaintiffs that surplus lands were no longer subject to the lease: see p. 575 O.R. We do not accept them either. In our view the lease included all of the lands of the consolidated railway of O. & Q. If that very new railway already had surplus lands by January 1884, the lease covered those lands. If lands not surplus in 1884 became surplus later, under C.P.'s operation, those lands did not "fall out of the lease". The rental C.P. was paying (including payments direct to ordinary stockholders and debentures stockholders of O. & Q.) was paid in respect of surplus lands as well as the main line and all its tracks and accessory facilities.

An operating railway is not static. As economic and demographic conditions change, the railway must change to meet the new conditions. What was needed in 1884 (or 1984) may become redundant, obsolete, inefficient or worthless. Similarly the existing railway may become inadequate or inefficient for lack of additional or different land. When C.P. decided, as the operator of every aspect of O. & Q.'s railway, that additional land was required for the purposes of the O. & Q. railway, that land when purchased became subject to the lease, and the reversion in it became the property of O. & Q. (or, if the land purchased was a necessary addition to the portion of O. & Q.'s consolidated railway that had once been T.G. & B.'s or W.O.P.'s, the property of the appropriate company).

CP, in leasing the consolidated railway of O & Q, was thereby leasing the entire operation of O & Q which included both the lands that might thereafter be acquired for railway purposes as well as any lands that might thereafter become surplus to the needs of the railway. On this issue I am in complete agreement with both courts below.

1(1)), le sens prêté à cette expression doit refléter la réalité économique de l'époque. Comme l'a souligné la Cour d'appel à l'unanimité, aux pp. 477 et 478 de ses motifs:

^a [TRADUCTION] Il est évident que le juge de première instance n'a pas retenu les arguments des demandeurs selon lesquels les terrains excédentaires n'étaient plus assujettis au bail: voir la p. 575 O.R. Nous les rejetons également. À notre avis, le bail portait sur l'ensemble des terrains de la ligne de chemin de fer fusionnée d'O. & Q. Si cette toute nouvelle compagnie de chemin de fer disposait déjà en janvier 1884 de terrains excédentaires, le bail s'y appliquait. Si des terrains qui n'étaient pas excédentaires en 1884 le sont devenus ultérieurement, ^b au moment où c'était C.P. qui exploitait le chemin de fer, ils n'«échappaient» pas «à l'application du bail». Le loyer payé par C.P. (y compris les versements directs aux actionnaires ordinaires et aux porteurs d'actions-débitures d'O. & Q.) visait aussi bien les terrains ^c excédentaires que la ligne principale et toutes ses voies ^d et installations connexes.

Un chemin de fer en exploitation n'a rien de statique. Au fur et à mesure de l'évolution des conditions économiques et démographiques, le chemin de fer doit évoluer pour répondre aux nouvelles conditions. Ce qui était nécessaire en 1884 (ou en 1984) peut devenir superflu, vétuste, inefficace ou inutile. De même, le chemin de fer existant peut devenir inadapté ou inefficace par manque de terrains supplémentaires ou différents. Quand C.P., en sa qualité d'exploitant de tous les aspects du chemin de fer d'O. & Q., a décidé qu'on avait besoin d'autres terrains aux fins dudit chemin de fer, ces terrains, une fois acquis, étaient assujettis au bail, et la réversion y afférente devenait la propriété d'O. & Q. (ou, si les terrains achetés représentaient un ajout nécessaire à la partie de la ligne de chemin de fer fusionnée d'O. & Q. qui avait auparavant appartenu à T.G. & B. ou à P.O.O., cette réversion devenait la propriété de l'une ou ^e de l'autre de ces dernières compagnies).

CP, en prenant à bail la ligne de chemin de fer fusionnée d'O & Q, prenait par le fait même l'ensemble de l'entreprise d'O & Q, ce qui comprenait à la fois les terrains qui pourraient par la suite être acquis aux fins du chemin de fer et tous ceux dont on pourrait un jour ne plus avoir besoin à ces fins. Sur cette question, je partage entièrement ^f l'avis des deux tribunaux d'instance inférieure.

(a) *Power of Sale in the Lease*

This is the principal issue in this appeal and should be met at once. The concept of a lease in property law is in basic conflict with any concept which recognizes a right in the lessee to dispose of the lessor's interest in the land under lease. The lessee might encumber or assign (subject to the terms of the lease) the leasehold interest created by the lease, or the lessee may enter a sub-lease. Landlord and tenant law recognizes no right in conventional leasing whereby a lessee in his own right may grant a title in fee simple to a third party. While the lease may in part find its existence in the law of contract, it also takes its character from property law and creates an estate in the land in the lessee, albeit a limited interest.

Although a conventional lease does not ordinarily grant a power of sale to the lessee, it should be noted that this grant of a power of sale is not necessarily inconsistent with the landlord-tenant relationship. In several long-term leases of railways in the United States a power of sale in respect of lands demised was expressly granted in the lease and enforced by the courts (*Phoenix Ins. Co. of Hartford v. New York & Harlem R. Co.*, 59 F.(2d) 962 (2d Cir. 1932); *In re Penn Central Transportation Co.*, 354 F. Supp. 717 (E.D. Pa. 1972), rev'd on other grounds 484 F.2d 323 (3d Cir. 1973)). Such a power of sale is within the contractual capacity of the parties to create.

If there is a power of sale under the Lease to CP it must be found in clause 11 of the 1884 Lease when read in conjunction with the balance of the Lease. For convenience it is repeated here:

11. During the continuance of the present lease, the lessees shall have the right to enjoy all the franchises and powers of the lessors, in respect of the running of the said railway, and of each and every part thereof, and shall also be entitled to exercise and enjoy the franchises and powers of the lessors, in respect of the acquisition of increased areas of land for station-grounds, right of way, protection against snow, sidings and other purposes; and they are hereby authorized by the lessors to take all legal proceedings that may be necessary in the exercise of the said franchises and powers, and for that purpose

a) *Le pouvoir de vente découlant du Bail*

Voilà la question principale soulevée par ce pourvoi et il convient de l'examiner immédiatement. La notion de bail en droit des biens est foncièrement incompatible avec toute notion qui reconnaît au preneur un droit d'aliéner le droit du bailleur sur le bien-fonds faisant l'objet du bail. Le preneur peut grever d'une charge ou même céder (sauf disposition contraire du bail) le droit créé par ce bail; ou encore il peut conclure un sous-bail. Dans le cas d'un bail ordinaire, il n'existe aucun droit en vertu duquel un preneur peut, de son propre chef, conférer un fief simple à un tiers. Quoique le bail puisse relever en partie du droit des contrats, le droit des biens détermine aussi sa nature, de sorte qu'il crée au bénéficiaire du preneur un droit de propriété, quoique de portée restreinte, sur le bien-fonds en question.

Bien qu'un bail ordinaire n'investisse pas normalement le preneur d'un pouvoir de vente, il faut souligner que l'attribution d'un tel pouvoir n'est pas nécessairement incompatible avec l'existence des rapports bailleur-preneur. Dans plusieurs baux à long terme portant sur des chemins de fer aux États-Unis, un pouvoir de vente à l'égard des terrains donnés à bail était expressément accordé et a été appliqué par les tribunaux (*Phoenix Ins. Co. of Hartford v. New York & Harlem R. Co.*, 59 F.(2d) 962 (2d Cir. 1932); *In re Penn Central Transportation Co.*, 354 F. Supp. 717 (E.D. Pa. 1972), inf. pour d'autres motifs 484 F.2d 323 (3d Cir. 1973)). Les parties ont la capacité de stipuler dans leur contrat un tel pouvoir de vente.

Dans la mesure où le Bail en cause confère à CP un pouvoir de vente, celui-ci doit se dégager de la clause 11 du Bail de 1884 prise dans le contexte des autres clauses du Bail. Par souci de commodité, je la reproduis à nouveau:

11. Pendant la durée du présent bail, la preneuse aura le droit de jouir de tous les privilèges et pouvoirs de la bailleuse relativement à l'exploitation du dit chemin de fer et de chaque et toute partie de ce chemin. Elle aura aussi droit à l'exercice et jouissance de tous les privilèges et pouvoirs de la bailleuse relativement à l'acquisition de plus grandes étendues de terre pour les emplacements de gares, le droit de passage, la protection contre la neige, les voies d'évitement et autres besoins; et elle est par le présent autorisée par la bailleuse à instituer toutes procédures judiciaires qui pourront être nécessai-

to use the name of the lessors and of the officers thereof,—which officers are hereby authorized and required, upon the demand of the lessees, to append their signatures, and to affix the seal of the said lessors, to any document or instrument that may be necessary or useful, in the exercise or use of the said franchises.

The learned trial judge construed the section as follows (at pp. 521-22):

... I cannot justify holding that the power to dispose of surplus lands was one of those contemplated by the words beginning "in respect of the running of the said railway", and in the teeth of the grant of the power to acquire land for specific railway purposes: *inclusio unius est exclusio alterius*.

Zuber J.A. dissenting in the Court of Appeal came to the same conclusion (at p. 520):

I find it strange (to say the least) that if a lessor were to convey to a lessee the extraordinary power to sell parts of the leased property such a power would be buried in the obscurity of the phrase "all the franchises and powers of the lessors in respect of the running of the said railway". This term suggests to me simply the power to operate a railway between given points, the power to expropriate land, build bridges, operate ferries, build stations and other like functions.

The majority of the Court of Appeal (Goodman J.A. in whose judgment Arnup J.A. concurred) reached a contrary conclusion with reference to clause 11 of the Lease (at p. 514):

It must be emphasized that it was the intent of the parties that C.P. "run" the railroad in perpetuity. This was no short term arrangement. The clear wording of the lease indicates that O. & Q. granted to C.P. all of its powers which would include the power to sell surplus lands owned by it. It would be unreasonable to interpret the lease in a manner which would have the effect of reserving to O. & Q., out of all the powers which it had, only the power to sell such of its lands as might become surplus.

And he concluded at p. 518:

For the reasons given, I am of the opinion that C.P. received a grant of all of O. & Q.'s powers and that included the power to sell O. & Q.'s surplus lands, a

res dans l'exercice des dits privilèges et pouvoirs, et, pour cet objet, à se servir du nom de la bailleuse et de ceux de ses officiers,—lesquels officiers ont par le présent l'autorisation et sont requis d'apposer, à la demande de la preneuse, leurs signatures et le sceau de la bailleuse à tout document ou instrument qui pourra être nécessaire ou utile dans l'exercice ou l'usage des dits privilèges.

Le savant juge de première instance a donné à cette clause l'interprétation suivante (aux pp. 521 et 522):

[TRADUCTION] ... il serait injustifiable de conclure que le pouvoir de disposer de terrains excédentaires était du nombre des pouvoirs qu'envisagent les stipulations commençant par l'expression «relativement à l'exploitation du dit chemin de fer», malgré l'attribution d'un pouvoir d'acquérir des terres à des fins précises reliées au chemin de fer: *inclusio unius est exclusio alterius*.

Le juge Zuber, dissident en Cour d'appel, est arrivé à la même conclusion (à la p. 520):

[TRADUCTION] Selon moi, il est pour le moins étrange que, si un bailleur cédait à un preneur le pouvoir extraordinaire de vendre des parties des biens donnés à bail, ce pouvoir soit enfoui dans l'obscurité du membre de phrase «tous les privilèges et pouvoirs de la bailleuse relativement à l'exploitation du dit chemin de fer». Pour ma part, j'en déduis simplement l'existence d'un pouvoir d'exploiter un chemin de fer entre certaines localités, le pouvoir d'exproprier des terrains, de construire des ponts, d'exploiter des traversiers, de construire des gares et de remplir d'autres fonctions analogues.

La Cour d'appel à la majorité (le juge Goodman, à l'avis duquel le juge Arnup s'est rangé) a tiré la conclusion contraire relativement à la clause 11 du bail (à la p. 514):

[TRADUCTION] Soulignons que, selon l'intention des parties, C.P. devait «exploiter» le chemin de fer à perpétuité. Il ne s'agissait nullement d'un arrangement à court terme. Le bail porte clairement qu'O. & Q. cédait à C.P. tous ses pouvoirs, dont celui de vendre les terrains excédentaires lui appartenant. Il serait déraisonnable d'interpréter le bail d'une manière qui aurait pour effet de réserver à O. & Q., sur tous les pouvoirs qu'elle détenait, seul le pouvoir de vendre ceux de ses terrains qui pouvaient devenir excédentaires.

À la page 518, il a conclu:

[TRADUCTION] Pour les raisons déjà exposées, j'estime qu'O. & Q. a cédé à C.P. l'ensemble de ses pouvoirs, y compris celui de vendre les terrains excédentaires

power which O. & Q. itself enjoyed by statute. That power exists not by virtue of the landlord-tenant relationship between them but rather by express agreement between the parties, duly authorized and confirmed by Acts of Parliament. I am of the opinion that the learned trial judge erred in holding that O. & Q. did not grant to C.P. the power to sell surplus O. & Q. lands by cl. 11 of the 1884 lease.

For certainty, I repeat that it was agreed by all parties in this Court that all three leases are to the same effect in law as regards powers and franchises of the lessee with one possible difference to which we shall later return when discussing the application of the doctrine *inclusio unius est exclusio alterius*. It is to state the obvious that the concept of a power of sale in a lease is usually hostile to the relationship of landlord and tenant at law. But this Lease is itself an anomaly in the law. The term is perpetual. The common law knows no such relationship in the law of leaseholds. The *Civil Code* of the Province of Quebec reaches a like result. Parliament, in a series of statutes already noted, "approves", "confirms" and once "validates" this Lease. Parliament also conferred upon the railway companies various powers, including the power to sell railway lands. There is no instance, however, where Parliament has expressly directed itself to the issue of the status in law of the parties to this Lease as regards such matters as title, rights on reversion, or the rights of third parties on receiving a transfer of these lands. Parliament, like the other parties to these transactions, was engaged primarily in railway building and secondarily if at all in revising applicable real property laws.

It is in this atmosphere of uncertainty that we come to the Lease itself in order to settle the rights of the parties to the Lease and those of third parties affected thereby in the light of all that has happened in the century which has passed since this complicated and far-reaching arrangement was established. Clause 11 falls into three parts.

d'O. & Q., pouvoir qui avait été conféré à cette dernière par voie législative. Ce pouvoir découle non pas du rapport bailleur-preneur qui existe entre les parties, mais résulte plutôt de l'accord exprès intervenu entre elles, lequel a été dûment approuvé et ratifié par des lois fédérales. À mon avis, le savant juge de première instance a commis une erreur en concluant que, dans la clause 11 du bail de 1884, O. & Q. n'a pas cédé à C.P. le pouvoir de vendre les terrains excédentaires d'O. & Q.

Pour qu'il ne subsiste aucun doute, je répète que toutes les parties sont convenues en cette Cour que, mise à part une différence possible à laquelle nous reviendrons dans le cadre de notre étude de l'application du principe *inclusio unius est exclusio alterius*, les trois baux en cause ont tous le même effet juridique en ce qui concerne les pouvoirs et les privilèges de la preneuse. C'est l'évidence même que la notion d'un pouvoir de vente accordé dans un bail est normalement juridiquement inconciliable avec le rapport bailleur-preneur. Toutefois, le présent bail constitue lui-même une anomalie juridique. Sa durée est perpétuelle. La *common law* ne reconnaît pas l'existence de tels baux. Le *Code civil* de la province de Québec ne les admet pas non plus. Le Parlement, dans une série de lois déjà mentionnées, «approuve», «ratifie» et, dans un cas, «valide» ce Bail. Le Parlement a en outre investi les compagnies de chemin de fer de différents pouvoirs, dont celui de vendre les terres leur appartenant. Dans aucun cas, cependant, le Parlement ne s'est prononcé directement sur la situation juridique des parties au présent Bail du point de vue du titre, des droits de réversion ou des droits de tiers cessionnaires des terrains. Le Parlement, tout comme les autres parties aux opérations en cause, se livrait principalement à la construction de chemins de fer et ne s'intéressait qu'accessoirement, pour ne pas dire nullement, à la révision du droit applicable aux biens réels.

C'est dans ce climat d'incertitude que nous en venons à l'examen du Bail lui-même afin de déterminer les droits des parties au Bail et ceux des tiers intéressés. À cette fin, il faut tenir compte de tout ce qui s'est passé au cours du siècle qui s'est écoulé depuis la conclusion de cet accord complexe et de vaste portée. La clause 11 se divise en trois parties.

First Part

“[T]he lessees shall have the right to enjoy all the franchises and powers of the lessors in respect of the running of the said railway and of each and every part thereof . . .” These franchises and powers include those held by O & Q under its Act of Incorporation, the *1881 O & Q Act*, S.C. 1881, c. 44, and any other statutes, including general railway legislation, which grant to O & Q, either specifically or as one of those railways within the jurisdiction of Parliament, any powers and rights with reference to the conduct of its business. It may be that some statutory rights accorded to O & Q could not be assignable by contract because of either an express or implied limitation contained in the granting of such public right. No such limitation has been drawn to the attention of the Court. Section 2 of the O & Q Act of Incorporation provides that the Company “shall have all the powers and privileges conferred on such corporations by *“The Consolidated Railway Act, 1879,”* subject, however, to the provisions hereinafter contained”. Section 3 specifically authorizes the Company to construct and operate a railway from Toronto through Ottawa to a junction point with railways in the Province of Quebec. Furthermore, ss. 14 and 15 authorize the Company to issue mortgage bonds secured by trust deed which empowered the trustees on default to possess and sell the railway and its property. A grant of such powers by the lessor O & Q to the lessee CP clearly held out the possibility of similar developments quite hostile to the conventional right of reversion in the lessor as set up in the Lease. By section 30 of its Act of Incorporation, O & Q was given a specific power to purchase land for warehouses, elevators, docks and other supporting facilities and to sell any such properties “as may be found superfluous”. This power relates directly to some parts of the land leased by O & Q to CP. In respect of such lands at least there is a contradiction with conventional legal concepts of rights of reversion by the inclusion of such powers in clause 11 of the Lease. The lessor’s right of reversion can at least be reduced under the *1881 O & Q*

La première partie

«[L]a preneuse aura le droit de jouir de tous les privilèges et pouvoirs de la bailleresse relativement à l’exploitation du dit chemin de fer et de chaque et toute partie de ce chemin . . . » Ces privilèges et pouvoirs comprennent ceux-là mêmes détenus par O & Q en vertu de la loi qui la constitue en compagnie, la *Loi de 1881 constituant O & Q*, S.C. 1881, chap. 44, et en vertu de toutes autres lois, y compris des lois générales en matière ferroviaire qui confèrent à O & Q, soit à titre particulier, soit en sa qualité de chemin de fer relevant de la compétence du Parlement, tous droits et pouvoirs reliés à l’exploitation de son entreprise. Il se peut que certains droits dont jouissait O & Q de par la loi fussent incessibles par voie contractuelle en raison d’une restriction expresse ou implicite contenue dans la cession d’un tel droit public. Or, aucune restriction de ce genre n’a été signalée à la Cour en l’espèce. L’article 2 de la loi constituant O & Q en compagnie dispose que celle-ci aura «tous les pouvoirs et privilèges conférés à ces corporations par *«l’Acte refondu des chemins de fer, 1879,»* sauf, toutefois, les dispositions ci-dessous». L’article 3 autorise expressément celle-ci à construire et à exploiter un chemin de fer qui, partant de Toronto, en passant par Ottawa, se raccorderait aux chemins de fer de la province de Québec. De plus, les art. 14 et 15 permettent à la compagnie d’émettre des obligations hypothécaires garanties par acte de fiducie habilitant les fiduciaires en cas de défaut de paiement à prendre possession du chemin de fer et des biens lui appartenant et de les vendre. Le fait que la bailleresse O & Q accordait de tels pouvoirs à la preneuse CP présentait clairement la possibilité d’événements de ce genre tout à fait incompatibles avec le droit normal de réversion dont jouit la bailleresse en vertu du Bail. L’article 30 de la loi constituant O & Q en compagnie lui confère un pouvoir précis d’acheter des terrains pour des entrepôts, des élévateurs, des bassins et d’autres installations accessoires et de vendre ceux de ces terrains «qu’elle jugera superflu de garder». Ce pouvoir se rapporte directement à certaines parties des terrains donnés à bail par O & Q à CP. L’inclusion de ces pouvoirs dans la clause 11 du Bail fait naître, du moins en ce qui concerne lesdits terrains, un conflit avec les notions

Act to the extent of lands in the category described in s. 30 of that Act.

It was argued by some counsel that this grant of specific power of sale by the legislature somehow constricted O & Q's right to sell lands, surplus or otherwise, which do not fall into the s. 30 category. This submission overlooks the broad powers granted by Parliament to railways under general railway legislation for the sale of lands and surplus lands. Parliament in 1879 had already granted important powers to railways thereafter constructed under the authority of Parliament. Section 7.2 of *The Consolidated Railway Act, 1879*, S.C. 1879, c. 9, expressly granted the power to sell lands.

7. The Company shall have power and authority,—

2. To purchase, hold and take of any corporation or person any land or other property necessary for the construction, maintenance, accommodation and use of the railway, and also to alienate, sell or dispose of the same:

A similar section with minor amendments has appeared in the *Railway Act* since 1879. Most notably, this power of sale was restricted to the sale of surplus lands only in *The Railway Act, S.C. 1888, c. 29, s. 90(c.)* which provides that a railway company may:

(c.) Purchase, take and hold of and from any person, any lands or other property necessary for the construction, maintenance, accommodation and use of the railway, and also alienate, sell or dispose of so much thereof as is not necessary for the purposes of the railway;

(p.) From time to time alter, repair or discontinue the before mentioned works or any of them, and substitute others in their stead;

Second Part

Clause 11 then goes on to provide that the lessee (CP) "shall also be entitled to exercise and enjoy the franchises and powers of the lessors, in respect

juridiques reçues relativement aux droits de réversion. Suivant la *Loi de 1881 constituant O & Q*, au moins les terrains entrant dans la catégorie décrite à son art. 30 peuvent être soustraits du droit de réversion de la bailleresse.

Certains avocats ont fait valoir que cette attribution législative expresse d'un pouvoir de vente limite en quelque sorte le droit d'O & Q de vendre des terrains, excédentaires ou non, qui ne relèvent pas de la catégorie créée par l'art. 30. Cet argument fait toutefois abstraction des pouvoirs étendus, accordés par le Parlement aux chemins de fer en vertu de la législation générale les régissant, de vendre des terrains excédentaires ou non. En 1879, le Parlement avait déjà conféré d'importants pouvoirs aux chemins de fer qui seraient construits avec son autorisation. Le paragraphe 7.2 de l'*Acte refondu des chemins de fer, 1879, S.C. 1879, chap. 9*, autorisait expressément la vente de terrains.

7. La compagnie aura le pouvoir et l'autorité de—

2. Acquérir, posséder et recevoir de toute corporation ou personne tous terrains ou autres biens nécessaires à la construction, l'entretien, la commodité et l'usage du chemin de fer, et aussi, les aliéner et vendre, ou en disposer à volonté;

Un article analogue, avec modifications mineures, figure dans la *Loi sur les chemins de fer* depuis 1879. Il est à souligner surtout que seul l'*Acte des chemins de fer, S.C. 1888, chap. 29, al. 90(c.)*, limitait ce pouvoir de vente aux terrains excédentaires; il prévoit qu'une compagnie de chemins de fer peut:

(c.) Acquérir et recevoir de toute personne et posséder tous terrains ou autres biens nécessaires à la construction, l'entretien, la commodité et l'usage du chemin de fer, et aliéner et vendre ceux de ces terrains dont la compagnie n'aura pas besoin pour les fins du chemin de fer, ou en disposer à volonté.

(p.) Changer, réparer ou abandonner à volonté les travaux ci-dessus mentionnés ou aucun d'entre eux, et les remplacer par d'autres;

La deuxième partie

La clause 11 prévoit ensuite que la preneuse (CP) «aura aussi droit à l'exercice et jouissance de tous les privilèges et pouvoirs de la bailleresse

of the acquisition of increased areas of land for station-grounds, right of way, protection against snow, sidings and other purposes” This clause is of no direct help or interest as it relates to a power of acquisition of ancillary or support facilities. Its only relevance is found in an argument or viewpoint expressed by some counsel before this Court and adopted by Hughes J. at trial (at pp. 521-22) to the effect that, if it is necessary to specifically provide a power of acquisition to add a railway station to the system, it follows that failure to do likewise with respect to a power of sale of any of the lands demised under the Lease, on becoming surplus or otherwise, is a telling omission in the Lease: *inclusio unius est exclusio alterius*. There are many answers and variations of answers to this suggestion. The “running of the . . . railway” which accompanied the first grant of powers under clause 11 may have meant less to the draftsman of the Lease than to some of its readers. Out of an abundance of caution the power to add land to the leasehold land, at the sole cost of the lessee and without affecting the rent payable by the lessee, was added to the clause. Such a clause is unconventional but it is clear and express and is therefore valid and enforceable. It is an additional power to all those included in the first clause of this article. It is an *ejusdem generis* clause. When read in the context of the whole relationship between the parties, and the umbrella statutes hoisted over these operations by Parliament, it is neither logical nor sensible to read this added clause as somehow reducing the stature and authority of the lessee in these infinite, profound, elaborate and extensive arrangements for the assembly and operation of the O & Q railway system by CP into infinity.

Goodman J.A., for the majority of the Court of Appeal, also dismissed the *inclusio unius est exclusio alterius* of the trial judge (at pp. 514-15). He concluded that the power to acquire lands as found in clause 11 was clearly redundant as this

relativement à l’acquisition de plus grandes étendues de terre pour les emplacements de gares, le droit de passage, la protection contre la neige, les voies d’évitement et autres besoins» Cette clause ne nous aide pas directement ni ne présente aucun intérêt immédiat, car elle traite d’un pouvoir d’acquisition d’installations accessoires. Sa seule pertinence tient à l’argument ou au point de vue avancé par certains avocats en cette Cour et retenu par le juge Hughes en première instance (aux pp. 521 et 522), soit que, s’il est nécessaire de prévoir expressément un pouvoir d’acquisition pour ajouter une gare au réseau ferroviaire, il s’ensuit que l’omission d’en faire autant à l’égard d’un pouvoir de vendre des terrains donnés à bail, lorsque ceux-ci deviennent excédentaires ou dans d’autres circonstances, est très éloquente: *inclusio unius est exclusio alterius*. Les réponses à cet argument et leurs variantes sont nombreuses. «[L]’exploitation du [...] chemin de fer», à laquelle se rapportaient les pouvoirs conférés au début de la clause 11, a pu revêtir moins d’importance pour le rédacteur du Bail que pour certains de ses lecteurs. Par mesure de précaution, on a ajouté à cette clause le pouvoir d’acquérir des terrains en plus des terrains loués, aux seuls frais de la preneuse et sans entraîner de changement de son loyer. Une telle stipulation est certes inhabituelle, mais elle est claire et explicite et, partant, valable et exécutoire. Elle confère un pouvoir qui vient s’ajouter à tous ceux énumérés à la première partie de la clause. Il s’agit en fait d’une disposition *ejusdem generis*. Quand on la lit dans le contexte de l’ensemble des rapports entre les parties, chapeauté par les lois fédérales applicables aux opérations en question, il n’est ni logique ni raisonnable d’interpréter cette disposition surajoutée comme réduisant de quelque manière l’importance et le pouvoir de la preneuse dans ces arrangements de durée infinie, méticuleux, complexes et de grande envergure permettant à CP d’établir et d’exploiter à perpétuité le réseau de chemin de fer d’O & Q.

Le juge Goodman, au nom de la majorité en Cour d’appel, a lui aussi rejeté l’application qu’a faite le juge de première instance du principe *inclusio unius est exclusio alterius* (aux pp. 514 et 515). Il a conclu que le pouvoir d’acquérir des

power was already included in the general grant of power to run the railway. He noted that clause 11 is thereby similar to the provision for the power to purchase lands to erect “warehouses, elevators, docks, stations, workshops and offices” found in s. 30 of the O & Q incorporating statute. As already noted, this power found in s. 30 is again largely redundant because the broad power to purchase and sell lands had already been granted to O & Q by virtue of the incorporation of the provisions of *The Consolidated Railway Act*, 1879. It would appear that O & Q clearly enjoyed a power to purchase lands greater than that found in s. 30 because it specifically granted a power to purchase lands in clause 11 for purposes different from those in s. 30. The *1884 O & Q Act* confirming the Lease did not purport to grant to O & Q any powers in addition to those already acquired by O & Q in its 1881 incorporating statute. The inclusion of s. 30 in the *1881 O & Q Act* incorporating O & Q as well as the inclusion of the power to purchase lands found in clause 11 are, therefore, clearly redundant when viewed in the context of the general power to both acquire and sell lands found in s. 7.2 of *The Consolidated Railway Act*, 1879. I would therefore agree with Goodman J.A.’s conclusion, at p. 515, that “... [t]o use the inclusion of the provision with respect to the power of acquiring increased areas of lands as the basis for finding that a grant by O. & Q. to C.P. of all its powers in respect of running the railway did not include a power of sale of surplus land is not justified . . .”

Third Part

Clause 11 concludes as follows:

... and they are hereby authorized by the lessors to take all legal proceedings that may be necessary in the exercise of the said franchises and powers, and for that purpose to use the name of the lessors and of the officers thereof,—which officers are hereby authorized and required, upon the demand of the lessees, to append their signatures, and to affix the seal of the said lessors,

terrains accordés par la clause 11 était nettement superfétatoire parce qu’il était déjà compris dans l’attribution du pouvoir général d’exploiter le chemin de fer. Il a souligné qu’à cet égard la clause 11 ressemble à la disposition attributive du pouvoir d’acheter des terrains pour y ériger «des entrepôts, élévateurs, bassins, stations, ateliers et bureaux», qui se trouve à l’art. 30 de la *Loi de 1881 constituant O & Q*. Il convient de rappeler que ce pouvoir conféré par l’art. 30 fait aussi dans une grande mesure double emploi parce que le pouvoir général d’acheter et de vendre des terrains avait déjà été accordé à O & Q grâce à l’incorporation des dispositions de l’*Acte refondu des chemins de fer*, 1879. Il appert donc qu’O & Q jouissait d’un pouvoir d’achat de terrains plus grand que celui prévu à l’art. 30 car, à la clause 11, elle conférait expressément un pouvoir d’acheter des terrains à des fins différentes de celles mentionnées à l’art. 30. La *Loi de 1884 concernant O & Q* portant ratification du Bail ne prétendait pas investir O & Q de pouvoirs en sus de ceux qu’elle avait déjà acquis aux termes de la *Loi de 1881 constituant O & Q*. L’inclusion de l’art. 30 dans cette dernière loi et l’inclusion du pouvoir d’acheter des terrains conféré par la clause 11 sont, en conséquence, manifestement superflues dans le contexte du pouvoir général d’acquérir et de vendre des terrains, qui se dégage du par. 7.2 de l’*Acte refondu des chemins de fer*, 1879. Je souscris donc à la conclusion du juge Goodman qui a dit, à la p. 515, que [TRADUCTION] «... rien ne justifie qu’on se serve de l’inclusion de la stipulation relative au pouvoir d’acquérir de plus grandes étendues de terre pour fonder une conclusion que la cession par O.&Q. à C.P. de l’ensemble de ses pouvoirs reliés à l’exploitation du chemin de fer ne conférait pas un pouvoir de vendre les terrains excédentaires . . . »

La troisième partie

La clause 11 se termine ainsi:

... et elle est par le présent autorisée par la bailleresse à instituer toutes procédures judiciaires qui pourront être nécessaires dans l’exercice des dits privilèges et pouvoirs, et, pour cet objet, à se servir du nom de la bailleresse et de ceux de ses officiers,—lesquels officiers ont par le présent l’autorisation et sont requis d’apposer, à la demande de la preneuse, leurs signatures et le sceau de

to any document or instrument that may be necessary or useful, in the exercise or use of the said franchises.

This is a largely mechanical facility to allow the lessee to operate the undertaking of O & Q as fully and efficiently as the lessor itself could do. The lessee may do so in its own right by exercising the contractually granted powers, or it may do so as proxy for and in the name of the lessor whose existence has been continued throughout the term of the grant of these powers. The clause must be read in conjunction with clause 15 of the Lease requiring the lessee to engage and pay an officer of the lessor at the principal place of business of O & Q which by the Lease the lessee is required to move to Montréal, the head office of the lessee itself. Clause 14 also provides that the lessor is required to "do all acts, matters and things, as and when necessary, for the convenient, efficient and effectual working of the railway, and for carrying out and giving effect to the lease hereby made . . ." Clause 14 continues: ". . . and . . . they, the lessors, hereby covenant and agree to make and pass such by-laws, rules and regulations, or tariff or both, as shall reasonably be required of them by the lessees . . ." For all these purposes the "lessors will allow the lessees to use the lessors' name, in any suit or proceeding in which it may be necessary to use the same in connection with the working of the railway . . ." Clause 9 of the Lease contemplates an even greater integration of O & Q and CP:

9. To avoid expense and circuitry, the lessees [CP] have agreed to pay . . . the said rental direct to the holders of the said debenture stock, common stock and bonds . . . and . . . will make and execute an undertaking or certificate to be endorsed upon . . . the said debenture stock and bonds respectively, declaring the obligation of the lessees to pay the said interest . . .

This contractual scheme is all part of a detailed arrangement between O & Q and CP whereby CP takes over the entire undertaking of O & Q and thereafter in perpetuity runs the railway with CP's own staff, capital and other resources and for CP's

la bailleresse à tout document ou instrument qui pourra être nécessaire ou utile dans l'exercice ou l'usage des dits privilèges.

^a Il s'agit surtout là d'une stipulation d'ordre pratique destinée à permettre à la preneuse d'exploiter l'entreprise d'O & Q d'une manière aussi complète et efficace que la bailleresse elle-même. La preneuse peut le faire soit de son propre chef en ^b exerçant les pouvoirs conférés par voie contractuelle, soit en tant que mandataire et au nom de la bailleresse, qui continue d'exister pendant toute la durée de la cession de ces pouvoirs. La stipulation en question doit être rapprochée de la clause 15 du Bail, qui impose à la preneuse l'obligation d'engager et de rémunérer un officier de la bailleresse, O & Q, à l'établissement principal de cette dernière que, selon le Bail, la preneuse doit déménager à ^c Montréal, où se trouve le siège social de la preneuse elle-même. De plus, la clause 14 dispose que la bailleresse est tenue d'accomplir «tous autres actes, affaires et choses, à mesure et lorsque nécessaire pour l'exploitation convenable, efficace et effective du chemin de fer, ainsi que pour mettre le présent bail à exécution et effet.» La clause 14 se poursuit: «Et [. . .] la bailleresse [. . .] convient et s'engage de faire et établir tels statuts, règles et règlements, ou tel tarif, ou les uns et les autres, qui ^d pourront lui être raisonnablement demandés par la preneuse.» À toutes ces fins, la «bailleresse permettra à la preneuse de se servir du nom de la bailleresse dans toute poursuite ou procédure où il pourra être nécessaire de s'en servir relativement à ^e l'exploitation du chemin de fer . . . » La clause 9 du Bail envisage une fusion encore plus complète d'O & Q et de CP:

9. Afin d'éviter les frais et les voies détournées, la preneuse [CP] est convenue [. . .] de payer ledit loyer directement aux porteurs des dites actions-débetures, actions ordinaires et obligations [. . .] et [. . .] la preneuse fera et signera un engagement ou certificat—qui ^f devra être inscrit sur le dos des dites actions-débetures et obligations, respectivement [. . .] déclarant l'obligation de la preneuse de payer ledit intérêt . . .

Ce régime contractuel fait partie intégrante d'un arrangement détaillé intervenu entre O & Q et CP en vertu duquel cette dernière acquiert la totalité de l'entreprise d'O & Q et par la suite exploite le chemin de fer à perpétuité en se servant de son

own profit. CP in return is required to pay rental calculated by the parties as sufficient to enable O & Q to service its outstanding debt and capital obligations and all railway leases to which it is a party, these being the only outlays thereafter required to be made by O & Q. The lessor O & Q was to have no other sustenance. O & Q was thereby to be kept alive entirely on blood pumped into it by CP. CP thus became the grantee of exclusive possession for a term without end of the O & Q railway and O & Q was reduced to a shell company which nominally existed only to maintain the legal existence of the debt and capital obligations of the corporation so that they could be serviced in perpetuity by CP directly to the holders of all such securities of O & Q.

Preparatory to all these arrangements O & Q replaced its bond mortgage indebtedness with debenture stock which is unsupported by any conveyance of title in the railway by way of trust deed, mortgage or otherwise. This move facilitated the freedom of action by the lessee under the Lease in the management of the properties of the railway all of which, except the title to the right-of-way itself, were subject to obsolescence over the years in the ordinary course of business.

A perpetual arrangement could not be undertaken by thinking people without contemplating a flexibility of operations as infinite as the term of the arrangement itself. The direction of the expansion of the community and of commerce in the community itself would of necessity be seen as a force for change in the future of the location and the size of the railway facilities, and of the very nature of the railway business itself. Rapidly advancing technology of railway transportation at the time of the Lease further contributed to the obvious need for flexibility in the maintenance of operations of the O & Q railway system. The original route and grade of the right-of-way, with a minimum of foresight or imagination, called for change in the foreseeable let alone infinite future as the speed and power of railroad transportation

propre personnel et de ses propres capitaux et autres moyens, le tout à son propre profit. En contrepartie, CP est tenue au paiement d'un loyer qui, selon les calculs des parties, suffit pour permettre à O & Q de payer l'intérêt sur ses dettes et ses obligations émises et pour payer les loyers exigés par tous les baux de chemins de fer auxquels elle est partie, ce qui constitue les seules sommes au paiement desquelles O & Q sera désormais astreinte. O & Q en sa qualité de bailleuse ne devait toucher aucun autre revenu. Ainsi, elle ne subsisterait que grâce à CP. Celle-ci se voyait donc céder à perpétuité la possession exclusive du chemin de fer d'O & Q qui n'était plus qu'une compagnie de façade maintenue dans le seul but d'assurer l'existence juridique de ses dettes et des obligations émises par elle afin que CP puisse servir à perpétuité les intérêts directement aux titulaires de tous ces titres d'O & Q.

Pour préparer la voie à ces arrangements, O & Q a substitué à ses obligations hypothécaires des actions-débetures qui n'étaient garanties par aucune cession par acte de fiducie, par hypothèque ou autrement, de la propriété du chemin de fer. Cette mesure assurait à la preneuse en vertu du Bail une plus grande latitude dans la gestion des propriétés du chemin de fer, chacune desquelles, hormis le titre afférent à l'emplacement de voie, pourrait avec le temps tomber en désuétude dans le cours normal des affaires.

Aucune personne réfléchie ne s'engagerait à perpétuité sans avoir envisagé une souplesse d'exploitation aussi infinie que la durée du contrat lui-même. Les tendances démographiques et la nature de l'expansion commerciale dans la société seraient nécessairement considérées comme des facteurs de changements futurs de l'emplacement et de l'envergure des installations ferroviaires ainsi que du caractère même de l'entreprise d'exploitation de chemin de fer. La rapide évolution technologique dans le domaine du transport par chemin de fer à l'époque du Bail a souligné davantage la nécessité manifeste de souplesse dans le maintien des opérations du réseau de chemin de fer d'O & Q. Il ne fallait pas une grande perspicacité ni beaucoup d'imagination pour se rendre compte que le tracé et la qualité initiaux de l'emplacement de voie

machinery advanced. This is manifest in the reversionary term itself where it is noted:

12. The lessees covenant to and with the lessors, that they, the lessees, will efficiently work, maintain and keep in good order and repair, the said railway and the rolling stock and appurtenances thereof, and all the property hereby demised, and will, at the expiry of the present lease, yield up the same or other rolling stock and equipments of equal value, to the lessors, in like good order and condition.

The words and the expressions used in clause 12 do not literally contemplate the original property being returned. The precise wording of the clause does not even require a return of land but simply “the same or other rolling stock . . . in like good order and condition”. Whatever it means, this paragraph is a clear recognition that O & Q was, by the arrangement, becoming an integral part of the CP system for all time. Only clause 18 contemplated any other result:

18. In the event of non-payment of the rental hereby reserved, for the space of ninety days, after any instalment thereof shall fall due according to the terms hereof; or in the event of substantial failure to maintain, work, repair or operate the said railway for the space of ninety days continuously after written demand, the present lease shall, at the option of the lessors, become void; and the lessees shall, in that event, yield up possession of the said railway, and other the [*sic*] premises hereby leased, in good order and condition as the same shall be delivered to them under the present lease.

Clause 18 cannot be read literally for to do so would defy all common sense. Unlike clause 12, no mention is made of substitution of worn equipment. Rather clause 18 treats “the said railway” as a large container in which all property, real, personal and incorporeal, shall be held. What constitutes the railway depends on what circumstances over infinite time require to be in the container. The contents will change. At the end of the Lease the lessor recovers the container with whatever may be in it, and short of fraud the lessor would

devraient être améliorés dans un avenir prévisible, sans parler de l’avenir lointain, au fur et à mesure de l’accroissement de la rapidité et de la puissance de l’équipement de transport ferroviaire. C’est ce qui se dégage nettement de la clause de réversion, qui prévoit:

12. La preneuse convient envers et avec la bailleuse, qu’elle, la preneuse, exploitera efficacement, et entretiendra et conservera en bon état et condition le dit chemin de fer avec son matériel roulant et ses accessoires, ainsi que toutes les propriétés par le présent louées, et qu’à l’expiration du présent bail elle remettra à la bailleuse les mêmes ou d’autres matériel roulant et équipements d’une valeur égale et en même bon état et condition.

Les mots et expressions utilisés à la clause 12 n’envisagent pas littéralement la remise des biens initialement cédés. D’après ses termes, elle n’exige même pas la remise de terrains, mais simplement l’obligation de rendre «le [...] même [...] ou d’autre [...] matériel roulant [...] en même bon état et condition». Quel que soit son sens, cette clause reconnaît clairement que le contrat intégrait O & Q à perpétuité dans le réseau CP. Seule la clause 18 prévoyait une autre possibilité:

18. Dans le cas de non-paiement du loyer par le présent stipulé, pendant l’espace de quatre-vingt-dix jours après qu’un terme en sera échu suivant les conditions des présentes,—ou dans le cas où l’on manquerait essentiellement d’entretenir, d’exploiter, de réparer ou de faire fonctionner le dit chemin de fer pendant l’espace de quatre-vingt-dix jours consécutifs après demande par écrit, le présent bail deviendra nul et de nul effet, au gré de la bailleuse; et la preneuse devra, dans ce cas, rendre les dits chemin de fer et autres propriétés par le présent donnés à bail, en bon état et condition, ainsi qu’ils lui seront délivrés en exécution du présent bail.

Ce serait contraire au bon sens que de donner à la clause 18 une interprétation littérale. À la différence de la clause 12, aucune mention n’y est faite du remplacement de matériel usé. Au contraire, la clause 18 traite «le dit chemin de fer» comme une espèce de gros récipient destiné à recevoir tous les biens, réels, personnels et incorporels. La composition du chemin de fer dépend des éléments qui, selon les circonstances au cours d’une période de durée illimitée, doivent être inclus dans la coquille. Le contenu est donc appelé à changer. À l’expira-

appear to have no remedy against the lessee for change of content. The concluding words, as quoted above, indicate that it is not the nature and identity of the property which will be measured on return but rather its good order and working condition. The railway must be workable on return but clause 18 does not specify that the railway must be made up of precisely the same components upon termination as existed in 1884.

The expressions "operate the said railway" in clause 18 or "efficiently work . . . the said railway . . ." in clause 12, sit at the center of the agreement between the parties. All contemporary railway building history, at least from 1881 onwards, contemplating as it did an ever-widening web of railway lines within Canada, must be taken into account in construing the meaning of the terms employed in this Lease. The small local railway lines of the 1850s gave way in the 1870s to regional lines. With one false start ending with the collapse in 1873 of the first Pacific venture, the late 1870s and 1880s saw railways move up to a trans-continental scale, and CP was the center of it all. The patent object of the O & Q - CP scheme was to fit the O & Q consolidated railway in as an integral part of the eastern base for a national railway spanning the continent under the aegis of the CP. These clauses in the 1884 Lease must be read in this light.

The decision of the Court of Appeal, unanimous when addressing the issue of the abandonment of certain parts of the O & Q Railway by CP, refers to this larger object of the O & Q - CP scheme (at p. 481):

What is a "substantial failure to maintain, work, repair or operate" the railway is a matter of degree, depending on all the circumstances of the events alleged to be a breach, and considered in the context of the entire railway operation. We agree that the context is not the continued operation of the C.P. railway system, but rather the operation of the leased O. & Q. railway by C.P. as part of C.P.'s system. The distinction may be

tion du Bail, la bailleresse récupère la coquille avec tout ce qu'il peut contenir et, sauf dol, la bailleresse paraît n'avoir aucun recours contre la preneuse si le contenu n'est plus le même. D'après les mots finals cités plus haut, lorsque les biens seront rendus, on ne vérifiera pas leur nature, non plus s'il s'agit des mêmes biens; on vérifiera plutôt s'ils sont en bon état. Il faut que le chemin de fer soit exploitable lors de sa remise, mais la clause 18 ne précise pas qu'il doit se composer à ce moment-là d'exactlyement les mêmes éléments que ceux qui existaient en 1884.

L'expression «faire fonctionner le dit chemin de fer» à la clause 18 ou l'expression «exploitera efficacement [...] le dit chemin de fer . . .» à la clause 12, se trouvent au cœur de l'accord entre les parties. Toute l'histoire moderne de la construction du chemin de fer, du moins à partir de 1881, qui envisageait au Canada un réseau de chemin de fer toujours plus étendu, doit entrer en ligne de compte dans l'interprétation des termes employés dans ce Bail. Les petites lignes locales des années 1850 ont cédé le pas dans les années 1870 à des lignes régionales. Après l'avortement en 1873 de la première tentative d'atteindre le Pacifique, les chemins de fer sont devenus à la fin des années 1870 et au cours des années 1880 un phénomène trans-continental et c'est CP qui jouait le rôle principal. Le plan d'O & Q et de CP avait manifestement pour but de faire de la ligne de chemin de fer fusionnée d'O & Q une partie intégrante de la base orientale d'un chemin de fer national qui, sous l'égide de CP, traverserait le continent. C'est dans cette optique qu'on doit lire ces clauses du Bail de 1884.

En traitant de la question de l'abandon par CP de certaines parties du chemin de fer d'O & Q, la Cour d'appel, unanime sur ce point, parle de ce but plus vaste du plan d'O & Q et de CP (à la p. 481):

[TRADUCTION] On ne saurait dire avec précision ce que signifie «manquer . . . essentiellement d'entretenir, d'exploiter, de réparer ou de faire fonctionner» le chemin de fer, car cela dépend de tous les faits qui constitueraient le manquement et la question doit être examinée dans le contexte de l'ensemble des opérations ferroviaires. Nous sommes d'accord que ce contexte n'est pas l'exploitation continue du réseau ferroviaire de C.P.,

subtle, but it is both real and important. [Emphasis added.]

The conduct of the parties before and after execution of the 1884 Lease is also relevant to its interpretation and, in this record, illuminating. As we have seen, the first sale of railway land leased under the 1884 Lease took place on January 4, 1884, the date of execution by O & Q and three weeks before CP even executed the Lease. Clearly the sale was conducted at a time when the entrepreneurs who theretofore had operated O & Q were still very much in office and active in the operations between the parties. Over the next 100 years these sales occurred regularly, many during the term of office of Sir Edmund Osler, the first President of the O & Q elected at the time of incorporation. Many of these sales were completed long before the original incorporators and shareholders had left the scene. During this time when those who would have best understood the arrangement between these two railroads (and which affected several other railway companies in central Canada as well) were still alive if not still active in the railway business, there was a long program of construction in which additions and subtractions were made to the demised premises. No challenge was ever mounted in those early decades of the term of the Lease, at least so far as the record herein reveals. Parliament continued to authorize expansion of the O & Q system by additional leasing arrangements, sales were made of parcels of land from the demised lands, and debenture stock was floated and remained outstanding. All this was done on the basis of the 1884 Lease.

It must be noted however that shortly after the execution of the 1884 Lease, the shareholders of O & Q enacted by-law 13 which required that "... no deed of sale or conveyance of any real property of the company shall be made until it has

mais qu'il consiste plutôt en l'exploitation du chemin de fer d'O. & Q. pris à bail par C.P. en tant que partie intégrante de son propre réseau. Il s'agit peut-être là d'une distinction subtile, mais elle est à la fois réelle et importante. [C'est moi qui souligne.]

La conduite des parties avant et après la conclusion du Bail de 1884 aide également dans son interprétation et elle est, dans le présent contexte, révélatrice. Comme nous l'avons déjà vu, la première vente de terrains de chemin de fer visés par le Bail de 1884 a eu lieu le 4 janvier 1884, le jour même où O & Q a signé le Bail et trois semaines avant que CP ne le signe. Visiblement, la vente s'est réalisée à un moment où les entrepreneurs qui avaient jusque-là exploité O & Q étaient encore en poste et participaient activement aux opérations entre les parties. Au cours des cent ans qui ont suivi, ces ventes se sont produites régulièrement, un bon nombre d'entre elles pendant le mandat de sir Edmund Osler, le premier président d'O & Q, qui avait été élu lors de la constitution de celle-ci en compagnie. Beaucoup de ces ventes ont été effectuées bien avant que les premiers fondateurs et actionnaires aient disparu de la scène. Au cours de cette période où les personnes les plus en mesure de comprendre le contrat intervenu entre les deux chemins de fer en cause (contrat qui touchait aussi plusieurs autres compagnies de chemin de fer du Canada central) étaient encore vivantes, même si elles ne se livraient plus à l'exploitation de chemins de fer, il y a eu un long programme de construction dans le cadre duquel on s'est défait de certains des terrains donnés à bail et porté acquéreur d'autres terrains. Dans les premières décennies du Bail, cela n'a donné lieu à aucune contestation, du moins le dossier conjoint produit en l'espèce n'en fait pas état. Le Parlement a continué à autoriser l'expansion du réseau O & Q au moyen d'autres baux; certains des terrains donnés à bail ont été vendus; et des actions-débetures ont été émises et sont restées en circulation. Tout ceci s'est produit en vertu du Bail de 1884.

Il faut toutefois souligner que, peu après la signature du Bail de 1884, les actionnaires d'O & Q ont adopté le règlement 13 portant que [TRANSLATION] « ... aucun acte de vente ni aucune cession de biens immeubles appartenant à la com-

been expressly authorized by vote of the Board of Directors". This would seem to contradict the conclusion that the parties to the 1884 Lease contemplated that CP was to have the exclusive power of sale over O & Q lands. I would, however, agree with Goodman J.A. at the Court of Appeal (at p. 517) that "...the by-laws of O. & Q. cannot affect the legal rights acquired by C.P. under the 1884 lease ...". Further, by-law 13, along with a number of other O & Q by-laws of that time, represent no more than the usual steps taken by shareholders of a company with respect to the organization of a company. Many of these by-laws obviously contradict the 1884 Lease in that they purport to grant to the Board of Directors of O & Q general control over all the affairs of O & Q; clearly the largest part, if not all, of this control over the affairs of the O & Q Railway was already transferred to CP under the 1884 Lease. For example, the Lease authorized CP to call upon the officers of O & Q to execute documents in the name of O & Q and the Board itself to adopt regulations and procedures reasonably required by CP in the operation of the O & Q Railway. Subsequent by-laws of O & Q cannot alter this agreement. I would therefore conclude that by-law 13 does not significantly contradict the conclusion that the parties to the 1884 Lease contemplated and relied upon the understanding that CP enjoyed the power of sale of O & Q land.

The language used by Parliament in the statutes noted above likewise leads to this same mode of interpretation of this Lease and its contractual provisions. The use of identical corporate procedures, financial arrangements and parliamentary authorizations in selected undertakings stamps this document as being a key part in the larger railway development scene.

pagnie ne sera signé tant qu'il n'aura pas été expressément approuvé par un vote du conseil d'administration». Voilà qui semble contredire la conclusion selon laquelle les parties au Bail de 1884 envisageaient que CP serait seule investie du pouvoir de vendre les terrains d'O & Q. Je partage cependant l'avis exprimé par le juge Goodman de la Cour d'appel (à la p. 517) que [TRADUCTION] «... les statuts d'O. & Q. ne changent rien aux droits conférés à C.P. par le bail de 1884 ...». De plus, le règlement 13, ainsi que plusieurs autres règlements d'O & Q en vigueur à l'époque, ne représentent rien d'autre que les mesures habituelles prises par les actionnaires d'une société relativement à l'organisation de celle-ci. Bon nombre de ces règlements sont évidemment incompatibles avec le Bail de 1884 en ce sens qu'ils prétendent revêtir le conseil d'administration d'O & Q d'un pouvoir général sur l'ensemble des affaires d'O & Q; or, il ne fait pas de doute que la majeure partie, sinon la plénitude, de ce pouvoir sur les affaires du chemin de fer O & Q avait déjà été cédée à CP par le Bail de 1884. Par exemple, ce Bail autorisait CP à demander aux administrateurs d'O & Q de signer des documents au nom de cette dernière et à demander au conseil d'administration lui-même d'adopter les règlements et les procédures que CP pouvait raisonnablement exiger aux fins de l'exploitation du chemin de fer d'O & Q. Aucun règlement subséquent d'O & Q ne peut venir modifier la teneur de cet accord. Je conclus donc que le règlement 13 ne fait pas sérieusement obstacle à la conclusion que les parties au Bail de 1884 ont eu l'intention d'investir CP d'un pouvoir de vente à l'égard des terrains d'O & Q et qu'elles ont agi en conséquence.

h

Les termes employés par le Parlement dans les lois susmentionnées exigent qu'on interprète de cette même manière le Bail en cause et ses stipulations. L'emploi de procédures d'affaires, de dispositions financières et d'autorisations parlementaires, toutes identiques, dans des opérations déterminées indique bien que ce document constitue un élément clé de l'ensemble plus vaste que constitue le développement du réseau de chemin de fer.

The 1884 Lease enabled CP to operate a railway business in Central Canada. CP was given a free hand to run O & Q as it saw fit. Unless CP breached the Lease by failure to pay the rent and to maintain the railway, O & Q was forever a hollow conduit between CP and the debenture stockholders and common shareholders of O & Q. CP received all the powers of O & Q which related to the performance of these obligations.

I have therefore come to the conclusion that the Lease of 1884 (and all counsel agreed that all three leases are, for the purposes of resolving the questions arising on this appeal, identical) includes a power of sale in the lessee of such of the demised lands as are not reasonably required for the efficient operation of the railway in accordance with the obligations of the lessee under the Lease.

There are, however, different classifications in law of the lands demised under the three leases. The sales of O & Q surplus lands by CP fall into three categories: sales of O & Q, TG & B and WOP lands. As found above, CP enjoys the power of sale over O & Q lands. Such is not necessarily the case with respect to WOP and TG & B lands. The WOP lease to O & Q is both in perpetuity and contains a "franchises and powers" clause similar to clause 11 in the O & Q and CP Lease. This would lead to the conclusion that O & Q enjoys the power of sale over WOP lands, and that this power of sale was conveyed to CP. This question is rendered moot by the fact that CP now owns 100 per cent of the shares of WOP and there is no claim by WOP in these proceedings with respect to the WOP lands sold by CP.

The situation with respect to the TG & B lands is somewhat more complex. CP argued that in clause 9 of the TG & B lease to O & Q for 999 years, the power of sale of TG & B lands was conveyed to O & Q. Clause 9 provides that O & Q shall "... operate and work the Railway in accord-

Le Bail de 1884 a permis à CP d'exploiter une entreprise ferroviaire au Canada central. CP avait toute liberté de gérer les affaires d'O & Q comme elle le voulait. À moins que CP ne manque aux obligations que lui imposait le Bail en omettant de payer le loyer et d'entretenir le chemin de fer, O & Q resterait à tout jamais un simple intermédiaire entre CP d'une part et les porteurs des actions-débetures d'O & Q et les actionnaires ordinaires de cette dernière d'autre part. CP avait reçu tous les pouvoirs d'O & Q relatifs à l'exécution de ces obligations.

Je conclus donc que le Bail de 1884 (et tous les avocats s'accordent pour dire que les trois baux en cause sont, aux fins de la résolution des questions soulevées en l'espèce, identiques) investit la preneuse du pouvoir de vendre les terrains donnés à bail dont on n'a pas raisonnablement besoin pour l'exploitation efficace du chemin de fer en conformité avec les obligations imposées à la preneuse par le Bail.

Toutefois, les terrains cédés en vertu des trois baux peuvent être classés dans différentes catégories juridiques. Les ventes par CP de terrains excédentaires d'O & Q entrent dans trois catégories: ventes de terrains d'O & Q, ventes de terrains de TG & B et ventes de terrains de POO. Comme je l'ai déjà conclu, CP jouit d'un pouvoir de vente à l'égard des terrains d'O & Q. Il n'en est pas nécessairement de même des terrains de POO et de TG & B. Le bail consenti par POO à O & Q est un bail à perpétuité qui contient une clause attributive de «privilèges et pouvoirs» semblable à la clause 11 du Bail entre O & Q et CP, ce qui porte à croire qu'O & Q est investie du pouvoir de vendre les terrains de POO, lequel pouvoir a été cédé à CP. Cette question est toutefois théorique parce que CP détient à présent 100 pour 100 des actions de POO et celle-ci ne fait en l'espèce aucune réclamation relativement aux terrains lui appartenant qui ont été vendus par CP.

En ce qui concerne les terrains de TG & B, la situation est un peu plus complexe. CP a fait valoir que la clause 9 du bail de 999 ans consenti par TG & B à O & Q conférerait à cette dernière un pouvoir de vente à l'égard des terrains de TG & B. La clause 9 porte qu'O & Q doit [TRADUCTION]

ance with the terms of the charter of the Toronto [TG & B] Company". The TG & B charter includes the general power granted under *The Railway Act*, 1868, S.C. 1868, c. 68, to acquire and sell lands (s. 2 of TG & B Incorporating Statute, S.O. 1868, c. 40).

The Court of Appeal unanimously rejected this argument and held that CP did not acquire the power to sell TG & B surplus lands (Arnup J.A. at p. 503; Goodman J.A. at pp. 518-19; and Zuber J.A. at p. 521). In deciding this point, it can first be observed that the sale by CP of those lands coming from TG & B gives rise to no rights in O & Q as against CP or anyone claiming derivatively through O & Q. The head lessor in the TG & B lease granted to O & Q the exclusive possession of the lands in question for a term of 999 years. In the 1884 Lease, O & Q acknowledged this fact and then proceeded to grant to CP a lease of these same lands in perpetuity. In relation to these lands, the 1884 Lease amounts in law to an assignment by O & Q to CP of any rights in O & Q to the lands in question. An underlease of the whole term of a lease operates as an assignment in law: *Beardman v. Wilson* (1868), L.R. 4 C.P. 57. Furthermore, if a lessee for a term of years makes a lease for a term greater than his own, this second lease operates as an assignment: *Hicks v. Downing* (1696), 1 Ld. Raym. 99, 91 E.R. 962; *Wollaston v. Hakewill* (1841), 3 Man. & G. 297, 133 E.R. 1157; *Milmo v. Carreras*, [1946] K.B. 306. (See generally *Williams and Rhodes Canadian Law of Landlord and Tenant* (5th ed. 1983), vol. 1, pp. 3-62, 3-63; *Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. 27, pp. 296-321; but see *Anger and Honsberger Law of Real Property* (2nd ed. 1985), vol. 1, pp. 259-64, for a comment on a possible interpretation of s. 3 of the *Landlord and Tenant Act*, R.S.O. 1980, c. 232 on this point.)

The difference between an assignment of a lease and a sub-lease is, of course, of fundamental importance. Upon the assignment of a lease, the original tenant (O & Q) grants his own estate to

«... exploiter et faire fonctionner le chemin de fer en conformité avec les termes de la charte de la compagnie torontoise [TG & B]». La charte de TG & B comprend le pouvoir général conféré par l'*Acte des chemins de fer*, 1868, S.C. 1868, chap. 68, d'acquérir et de vendre des terrains (art. 2 de la loi constituant TG & B en société, S.O. 1868, chap. 40).

La Cour d'appel a rejeté cet argument à l'unanimité et a conclu que CP n'a pas été investie du pouvoir de vendre les terrains excédentaires de TG & B (le juge Arnup, à la p. 503; le juge Goodman, aux pp. 518 et 519, et le juge Zuber, à la p. 521). Sur ce point, il convient de faire remarquer d'abord que la vente par CP des terrains de TG & B ne confère ni à O & Q ni à ses ayants cause aucun droit pouvant être invoqué contre CP. Par le bail qu'a consenti TG & B, la bailleuse principale a cédé à O & Q la possession exclusive des terrains en question pour une durée de 999 ans. Dans le Bail de 1884, O & Q a reconnu ce fait et a consenti à CP un bail à perpétuité portant sur les mêmes terrains. En ce qui concerne ceux-ci, le Bail de 1884 équivaut en droit à une cession par O & Q à CP de tous les droits qu'elle avait sur lesdits terrains. Sur le plan juridique, un sous-bail pour toute la durée du bail primitif constitue une cession: *Beardman v. Wilson* (1868), L.R. 4 C.P. 57. De plus, si un preneur à terme d'années consent un bail pour une durée plus longue que celle de son propre bail, ce second bail équivaut à une cession: *Hicks v. Downing* (1696), 1 Ld. Raym. 99, 91 E.R. 962; *Wollaston v. Hakewill* (1841), 3 Man. & G. 297, 133 E.R. 1157; *Milmo v. Carreras*, [1946] K.B. 306. (Voir d'une manière générale *Williams and Rhodes Canadian Law of Landlord and Tenant* (5th ed. 1983), vol. 1, aux pp. 3-62 et 3-63; *Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. 27, aux pp. 296 à 321; mais voir *Anger and Honsberger Law of Real Property* (2nd ed. 1985), vol. 1, aux pp. 259 à 264, pour un commentaire sur une interprétation possible de l'art. 3 de la *Loi sur la location immobilière*, L.R.O. 1980, chap. 232.)

La différence entre la cession d'un bail et un sous-bail revêt, bien entendu, une importance capitale. Lorsqu'il y a cession d'un bail, le preneur initial (en l'occurrence O & Q) cède son propre

the assignee (CP), thus putting the assignee in his shoes as the immediate tenant of the head landlord (TG & B). On the other hand a sub-lease creates no direct relationship between the subtenant and the landlord. Because the 1884 Lease operates as an assignment of O & Q's interest in the TG & B lands to CP, O & Q has no further estate interest in this land. The sale of TG & B lands by CP does not, therefore, raise any right in O & Q as against CP. TG & B of course may still enforce its lease to O & Q if a breach is brought about either by the lessee O & Q or the assignee CP.

As a result, with respect, I disagree with the conclusion of the majority of the Ontario Court of Appeal at p. 503 (Arnup J.A.) that CP must account to O & Q for O & Q's reversionary interest in the lands owned by TG & B and sold by CP. O & Q has no reversionary interest in these lands and it is not open to O & Q to call upon the assignee, CP, for the performance of its covenants on reversion. That claim arises in the head lessors (TG & B) who are not claimants in these actions. It may be, therefore, that a derivative claim could be asserted in the name of the head lessor (TG & B) by those minority shareholders affected by the sales by O & Q and/or CP, but no such persons are to be found amongst the plaintiffs. In any case, this would concern only 32 per cent of the shareholders of TG & B (the remainder of the shares being held by CP) and the claims would relate only to some 50 parcels of land, none of which would appear to be of significant value, at least at the time the sales were made.

As already mentioned, clause 9 of the TG & B lease to O & Q, which was assigned to CP, provides that O & Q shall "operate and work the Railway in accordance with the terms of the charter of the Toronto [TG & B] Company". This charter grants to TG & B the power to acquire and sell lands. Clause 9 of the TG & B lease to O & Q is thus similar in its operation to the "franchises and powers" provision found in clause 11 of the Lease under which CP holds all the rights over

droit au cessionnaire (en l'occurrence CP), se faisant ainsi remplacer par le cessionnaire en tant que preneur direct du bailleur principal (en l'occurrence TG & B). Un sous-bail par contre ne crée aucun lien direct entre le sous-preneur et le bailleur. Puisque le Bail de 1884 équivaut à une cession à CP du droit d'O & Q sur les terrains de TG & B, O & Q n'a plus aucun droit sur ces terrains. La vente par CP de terrains de TG & B ne fait donc naître aucun droit qu'O & Q peut faire valoir contre CP. Bien entendu, TG & B peut encore faire exécuter le bail qu'elle a consenti à O & Q si cette dernière ou sa cessionnaire CP a violé les conditions du bail.

Par conséquent, je ne puis, avec égards, souscrire à la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité, à la p. 503 (le juge Arnup), que CP est comptable envers O & Q relativement au droit réversif de celle-ci sur les terrains appartenant à TG & B et vendus par CP. O & Q n'a pas de droit réversif sur ces terrains et elle ne saurait mettre la cessionnaire CP en demeure d'exécuter ses engagements concernant la réversion. Seule la bailleuse principale (TG & B) peut le faire et elle n'est pas demanderesse en l'espèce. Il se peut donc qu'une réclamation dérivée puisse être faite au nom de la bailleuse principale (TG & B) par les actionnaires minoritaires lésés par les ventes qu'ont effectuées O & Q ou CP ou les deux, mais il ne se trouve pas de telles personnes parmi les demandeurs. De toute façon, cela n'intéresserait que 32 pour 100 des actionnaires de TG & B (le reste des actions étant détenues par CP) et les réclamations ne porteraient que sur une cinquantaine de parcelles de terre, dont aucune ne paraît avoir une grande valeur, du moins elles n'en avaient pas au moment des ventes.

Comme je l'ai déjà mentionné, la clause 9 du bail que TG & B a consenti à O & Q et qui a été cédée à CP dispose qu'O & Q doit «exploiter et faire fonctionner le chemin de fer en conformité avec les termes de la charte de la compagnie torontoise [TG & B]». Cette charte confère à TG & B le pouvoir d'acquérir et de vendre des terrains. L'effet de la clause 9 du bail entre TG & B et O & Q est donc semblable à celui de la disposition attributive de «privileges et pouvoirs» qui se

O & Q, including the power of sale of surplus lands. It is consistent to conclude therefore that TG & B did grant this power of sale to O & Q in the TG & B lease and that this power of sale was assigned (as previously discussed) to CP in the 1884 Lease. However, because TG & B is not before the Court in this present action, it is not now necessary to make any declaration with respect to CP's power to sell TG & B surplus lands. Furthermore, this action raises no claim for anything in the nature of an *in rem* judgment running with all the lands herein in question. The issue of the sale of TG & B lands is thus better left to any action that may be brought by TG & B, derivatively or otherwise, should some minority shareholder of TG & B hereafter conclude that it might be in their interests to do so.

(b) *1891 CP Act*

In the *1891 CP Act*, S.C. 1891, c. 70, Parliament made additional provision for the sale by CP of surplus lands and lengthy argument was presented by the parties with respect to a power of sale of O & Q land that CP may have acquired by virtue of s. 2 of that Act, which provides as follows:

2. The Company may, from time to time, sell and convey free from incumbrance such of its surplus lands as it thinks fit,—the proceeds to be applied to the acquisition of rolling stock or other equipment for the Company's railway, or to such permanent improvements of its line as the Company deems expedient; and any other company whose railway forms part of the Canadian Pacific Railway Company's railway system may, with the consent of the Canadian Pacific Railway Company, sell and dispose of its surplus lands in like manner, and subject to the like condition,—surplus lands, for the purposes of this section, not to include any land which is required in connection with the company's railway business, or any land to which it is or may become entitled by way of subsidy under the terms of the Act which authorized its incorporation.

In applying this section of the *1891 CP Act* it must be remembered that under s. 7.2 of *The Consolidated Railway Act*, 1879, all railways had

trouve à la clause 11 du Bail en vertu duquel CP détient tous les droits sur O & Q, y compris le pouvoir de vendre les terrains excédentaires. Par conséquent, il est logique de conclure que ce pouvoir de vente a été accordé à O & Q par TG & B dans le bail susmentionné et que ce même pouvoir a été cédé (comme nous l'avons déjà vu) à CP dans le Bail de 1884. Toutefois, puisque TG & B n'est pas une partie à la présente action, point n'est besoin de se prononcer ici sur le pouvoir de CP de vendre les terrains excédentaires de TG & B. De plus, il n'est nullement question en l'espèce d'une demande de jugement *in rem* qui s'appliquerait à l'ensemble des terrains en cause. Il est donc préférable que la question de la vente des terrains de TG & B soit examinée dans le cadre d'une action pouvant être intentée soit par TG & B elle-même, soit en son nom, si certains actionnaires minoritaires de TG & B concluent que cela pourrait être dans leur intérêt.

b) *La Loi de 1891 concernant CP*

Par la *Loi de 1891 concernant CP*, S.C. 1891, chap. 70, le Parlement autorise à nouveau la vente par CP des terrains excédentaires, aussi les parties ont-elles longuement plaidé au sujet d'un pouvoir de vente des terrains d'O & Q que CP pouvait avoir acquis en vertu de l'art. 2 de cette loi, que voici:

2. La compagnie pourra en tout temps vendre et transporter, libres de toute redevance, ceux de ses terrains de surplus qu'elle jugera à propos, dont le produit sera appliqué à l'achat de matériel roulant ou d'autre équipement pour le chemin de fer de la compagnie, ou à telles améliorations permanentes de sa ligne qu'elle jugera à propos; et toute autre compagnie dont le chemin de fer forme partie du système de la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique pourra, du consentement de celle-ci, vendre et aliéner également ses terrains de surplus, sauf la même condition,—les terrains de surplus ne comprenant, pour les fins du présent article, aucun terrain dont la compagnie peut avoir besoin pour l'exploitation de son chemin de fer, ni aucun terrain auquel elle a ou peut à l'avenir avoir droit par voie de subvention en vertu de l'acte qui en autorise la constitution en corporation.

Dans l'application de cet article de la *Loi de 1891 concernant CP*, il faut se souvenir qu'en vertu du par. 7.2 de l'*Acte refondu des chemins de fer*,

a general power of sale; and thereafter by s. 90(c.) of the *Railway Act* of 1888, the railways had a general power of sale to sell those lands not necessary for the purposes of the railway. By section 2 of the *1891 CP Act*, CP was authorized to sell and convey free from incumbrance any of its surplus lands providing the proceeds of sale are reinvested in rolling stock or equipment or in "such permanent improvements" as CP may deem expedient. The words "its surplus lands" must be taken to refer to surplus lands of CP. The section goes on to allow CP to join with any other company "whose railway forms part of the [CP] system" for the sale of the surplus lands of that other company "in like manner". This clearly covers the case here where both CP and O & Q are concerned with the disposal of surplus lands in the CP system which comprised, along with other railways, the O & Q system. As in the case of the Marathon transaction, CP played two roles: the first as the operator of the O & Q undertaking under the terms of the Lease, and the second in its own right, in consenting under the statute to the O & Q sale of surplus lands forming part of the CP system. Thus both interests in the O & Q system participated through CP in the sale of these surplus lands under powers granted in the Lease and in the statute.

The *1891 CP Act* is a clear mandate of power from Parliament to sell lands properly classified as surplus by the railway company who owns the land. The advantage accorded to the railway over and above its general power of sale of surplus lands under the 1879 Act *et seq.* is that this provision permits the delivery of a clear title to the purchaser without the need to obtain a waiver from incumbrance holders or without the railroad suffering a reduction in price to attract a buyer who will take the surplus land subject to outstanding debt claims. It also frees the railway company from possible future litigation with purchasers of surplus lands if an incumbrance not expressly undertaken by the purchaser were thereafter

1879, toutes les compagnies de chemin de fer jouissaient d'un pouvoir général de vente et que, après l'adoption de l'al. 90(c.) de l'*Acte des chemins de fer* de 1888, elles jouissaient d'un pouvoir général de vente des terrains non nécessaires à leurs chemins de fer. En vertu de l'art. 2 de la *Loi de 1891 concernant CP*, CP était autorisée à vendre et à transporter, libre de toute redevance, tout terrain de surplus pourvu que le produit de la vente soit réinvesti en matériel roulant ou en équipement ou en «telles améliorations permanentes» selon ce qu'elle juge à propos. Les termes «ses terrains de surplus» visent des terrains excédentaires appartenant à CP. L'article autorise ensuite CP à se joindre à d'autres compagnies «dont le chemin de fer forme partie du système de la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique» pour vendre «également» les terrains excédentaires de cette autre compagnie. Ceci comprend manifestement le cas en l'espèce, où à la fois CP et O & Q sont intéressées à aliéner les terrains excédentaires du réseau de CP comprenant, outre d'autres chemins de fer, le réseau d'O & Q. Comme dans le cas de l'opération Marathon, CP a joué deux rôles: premièrement, à titre d'exploitante de l'entreprise d'O & Q comme stipulé dans le Bail et, deuxièmement, pour elle-même, en consentant sur le fondement de la Loi à la vente des terrains excédentaires d'O & Q faisant partie intégrante de son réseau. Ainsi les deux intérêts dans le réseau d'O & Q ont participé par l'intermédiaire de CP à la vente des terrains excédentaires selon des pouvoirs conférés soit par le Bail, soit par la Loi.

Par la *Loi de 1891 concernant CP*, le Parlement a conféré un mandat clair de vendre les terrains légitimement considérés comme excédentaires par la compagnie de chemin de fer qui en est propriétaire. L'avantage accordé à la compagnie de chemin de fer en sus de son pouvoir général de vente des terrains excédentaires, accordé par la loi de 1879 et les autres, tient dans la possibilité de conférer un titre clair à l'acheteur, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une décharge des créanciers privilégiés ou sans que la compagnie de chemin de fer ait à réduire son prix pour attirer un acheteur qui accepte d'acquérir le terrain excédentaire avec ses charges. Elle protège aussi la compagnie de chemin de fer contre toute demande en justice

enforced against the lands in the hands of the purchaser. Whether or not this power of sale is available to CP and whether a purchaser would take these lands free from debenture stock indebtedness was the subject of much argument in this appeal.

The term "incumbrance" is undefined in the Act. It has been assigned many meanings by the courts according to the context in which it is employed. The Court of Appeal focussed on the meaning of the word "incumbrance" because they concluded (Arnup J.A. for the majority at p. 496) that it was an "indispensable" element of CP's claim (to enjoy a power of sale pursuant to s. 2 of the *1891 CP Act*) that the lands of O & Q be subject to an incumbrance. Although the term "incumbrance" is not a particularly precise term of law, Arnup J.A. concluded that "incumbrance" as found in the *1891 CP Act* referred only to specific, not floating, charges.

The debate at the Court of Appeal then turned to the nature of the various charges to which the O & Q, TG & B and WOP lands were subject. CP argued that these lands were subject to a number of specific or fixed charges, the most important of which was the debenture stock issued by O & Q. As has already been discussed, s. 8 of the *1884 O & Q Act*, S.C. 1884, c. 61, empowered O & Q to issue debentures which "shall constitute a first lien and charge upon the entire railway of the Company . . . and upon any extension thereof, and upon the property, franchises, plant and rolling stock thereof acquired or to be hereafter acquired . . . and upon the tolls and revenues thereof after deduction of the working expenses thereof . . ." O & Q issued perpetual debentures pursuant to the *1884 O & Q Act* and the debenture indenture (in which CP joined as a party) charged the property of the railway company in the exact words authorized by this said Act. Unless this debenture holders' charge could be characterized as a specific charge, the Court of Appeal concluded that O & Q railway lands were not subject to an "incumbrance" and could not therefore be sold pursuant to the *1891 CP Act*. Both Arnup J.A. for the

éventuelle des acheteurs des terrains excédentaires, au cas où une redevance les grevant, que l'acheteur n'aurait pas expressément assumée, était exécutée contre les terrains une fois l'acheteur devenu propriétaire. La question de savoir si CP jouit de ce pouvoir de vente et si l'acheteur acquiert les terrains libres de toute charge créée par les actions-débetures a longuement été débattue.

Le terme «redevance» n'est pas défini par la Loi. Les tribunaux lui ont donné plusieurs sens selon le contexte. La Cour d'appel s'est particulièrement intéressée à son acception parce qu'elle a conclu (le juge Arnup au nom de la majorité, à la p. 496) qu'un élément [TRADUCTION] «indispensable» de la prétention de CP (à jouir d'un pouvoir de vente en vertu de l'art. 2 de la *Loi de 1891 concernant CP*) était que les terrains d'O & Q soient assujettis à une redevance. Certes le terme «redevance» n'est pas un terme de droit particulièrement précis, mais le juge Arnup a conclu qu'employé dans la *Loi de 1891 concernant CP* il ne pouvait viser que des charges déterminées, non des charges flottantes.

Le débat en Cour d'appel a donc porté sur la nature des diverses charges grevant les terrains d'O & Q, de TG & B et de POO. CP a soutenu que ces terrains étaient grevés de plusieurs charges déterminées ou fixes, dont les plus importantes étaient les actions-débetures émises par O & Q. Comme l'analyse précédente l'a déjà démontré, l'art. 8 de la *Loi de 1884 concernant O & Q*, S.C. 1884, chap. 61, conférait à celle-ci le pouvoir d'émettre des débetures constituant «une première charge et redevance sur la ligne entière du chemin de fer de la compagnie [...] et sur tout prolongement de la ligne, et sur ses propriétés, immunités, outillage et matériel roulant déjà acquis ou que la compagnie acquerra par la suite, et sur ses péages et revenus, déduction faite de ses frais d'exploitation . . .» O & Q a émis des débetures permanentes conformément à la *Loi de 1884 concernant O & Q* et l'acte constatant le contrat de débeture (auquel CP est partie contractante) greve les biens de la compagnie de chemin de fer selon les termes mêmes autorisés par ladite loi. À moins que cette charge du porteur de la débeture ne puisse être qualifiée de charge déterminée, la Cour d'appel conclut que les terrains du chemin de

majority of the Court of Appeal (at pp. 496-97) and Hughes J. at trial (at pp. 525-26) held that the debenture holders' charge was in fact a floating charge, not a specific charge, and CP had therefore acquired no right to sell O & Q surplus lands pursuant to the *1891 CP Act*. Zuber J.A., in dissent at pp. 522-23, disagreed with the majority of the Court of Appeal and held that the debenture holders' charge was a specific charge.

Unlike the Court of Appeal, I have concluded that the debenture holders' charge does constitute an "incumbrance" for the purposes of the *1891 CP Act*. The term "incumbrance" is a general term of law without any classical meaning. The word should be accorded its plain meaning that is consistent with the context of the statute. As is discussed by the Nova Scotia Supreme Court in *Clark v. Raynor* (1922), 65 D.L.R. 425 (C.A.), at p. 439, "The word "encumbrance" has no technical meaning. It is not one of the "terms of the law" and no definition of it will be found in the older books". By generally accepted definition "it comprehends "every right to or interest in the land which may subsist in a third person to the diminution of the value of the land, but consistent with the passing of the fee by the conveyance" . . . It is apparent, of course, that the word is to be interpreted according to the context in which it is found" (p. 439). (See also *Evans v. Evans* (1853), 22 L.J. Ch. 785 (C.A.), at p. 790.)

The debenture stock holder in this case has a "first lien and charge" upon the property of O & Q and in my view this constitutes an "incumbrance" within the meaning of the *1891 CP Act*. It is not necessary to determine whether this debenture stock is a specific or floating charge in order to decide whether it is an "incumbrance" for the purposes of the 1891 Act. The patent purposes of s. 2 are to protect the security holders against

fer d'O & Q ne sont pas assujettis à une «redevance» et ne peuvent donc être vendus selon la *Loi de 1891 concernant CP*. Le juge Arnup, au nom de la majorité de la Cour d'appel (aux pp. 496 et 497) et le juge Hughes en première instance (aux pp. 525 et 526) ont tous deux conclu que la charge dont bénéficient les porteurs de débetures était en fait une charge flottante, non une charge déterminée et, par conséquent, que CP n'avait nullement acquis le droit de vendre les terrains excédentaires d'O & Q en vertu de la *Loi de 1891 concernant CP*. Le juge Zuber, dissident, aux pp. 522 et 523, ne partage pas l'avis de la majorité de la Cour d'appel et conclut que la charge dont bénéficient les porteurs de débetures est une charge déterminée.

Contrairement à la Cour d'appel, j'arrive à la conclusion que la charge dont bénéficient les porteurs de débetures est bien une «redevance» aux fins de la *Loi de 1891 concernant CP*. Le terme «redevance» est un terme général de droit dépourvu de toute signification classique. Le terme doit être pris dans son acception ordinaire, compatible avec le contexte de la loi. D'après l'analyse de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Clark v. Raynor* (1922), 65 D.L.R. 425 (C.A.), à la p. 439: [TRADUCTION] «Le terme «redevance» n'a pas de sens technique. Ce n'est pas un «terme de droit»; on n'en trouve aucune définition dans les anciens ouvrages». Selon la définition généralement acceptée, [TRADUCTION] «il s'entend [. . .] «de tout droit ou intérêt grevant un bien-fonds au profit d'un tiers, qui en réduit la valeur tout en étant compatible avec la cession du droit de propriété» [. . .] Bien entendu le terme doit être interprété en fonction du contexte où il se trouve» (p. 439). (Voir aussi l'arrêt *Evans v. Evans* (1853), 22 L.J. Ch. 785 (C.A.), à la p. 790.)

Le porteur d'une action-débeture jouit en l'espèce d'une «première charge et redevance» sur les biens d'O & Q; à mon avis, cela constitue une «redevance» aux termes de la *Loi de 1891 concernant CP*. Il n'est pas nécessaire d'établir si cette action-débeture est une charge déterminée ou flottante pour décider si elle est une «redevance» aux fins de la Loi de 1891. Les objets manifestes de l'art. 2 sont d'abord de protéger les créanciers

diminution of the security, to ensure clear title to a purchaser, and to enable the railway to dispose of assets surplus to its needs. There is nothing in the 1891 CP Act to indicate that it is only to have a narrow or limited meaning so as to apply only to sales involving land incumbered by a specific or fixed charge. These evident purposes can be served by according to the term 'incumbrance' its ordinary and full meaning and cannot be served by reading into s. 2 an unspecified condition that the incumbrance cannot be an announced but uncrystallized 'charge or lien'. The requirement for the reinvestment of proceeds under s. 2 makes up for any diminution of the security and this protection should be available to holders of both specific or floating charges. Whether or not the value of the O & Q Railway is the same after the lands have been replaced by the investment of these proceeds will depend upon the market value of the railway and all its assets after the investment had been made. Furthermore, the testing of this condition will occur at the day of liquidation of O & Q which is the date of termination of the perpetual lease. Section 2 of the 1891 CP Act appears to assume that the equation is in balance and hence specifies that the incumbrance holder, here including the debenture stock holder, cannot follow the land so transferred in order to secure his claim in debt, even if at common law he could have done so.

The holders of the debenture stock, represented by the intervenor John Turner et al., agree that their charge does constitute an "incumbrance" within the meaning of the 1891 CP Act. However, they argue that their debenture stock constitutes a specific charge on the assets of O & Q and consequently CP is only entitled to sell surplus lands pursuant to the 1891 Act. Any sales either prior to this Act or not in accordance with this Act would therefore in their view have violated the specific charge of the debenture holders. It is agreed that CP never secured any release from the debenture holders for the sale of surplus lands.

privilegiés contre toute réduction de leur sûreté, puis d'assurer un titre libre de toute charge à l'acheteur et, enfin, de permettre à la compagnie de chemin de fer d'aliéner les biens dont elle n'a pas besoin. Rien dans la *Loi de 1891 concernant CP* n'indique que le terme est pris dans une acception étroite ou limitée de manière à ne s'appliquer qu'aux ventes de terrains grevés d'une charge déterminée ou fixe. Ces objets évidents peuvent être remplis quand on attribue au terme «redevance» son sens ordinaire et complet; ils ne peuvent plus l'être quand on introduit dans l'art. 2 une condition indéterminée selon laquelle la redevance ne saurait être une «charge ou redevance» qui s'annonce sans être cristallisée. L'obligation de réinvestir le produit des ventes en vertu de l'art. 2 compense toute réduction de la sûreté et cette protection profite tant aux créanciers d'une charge déterminée qu'à ceux d'une charge flottante. La question de savoir si la valeur du chemin de fer d'O & Q demeure la même après le remplacement des terrains par l'investissement du produit de leur vente dépendra de la valeur marchande du chemin de fer et de l'ensemble de son actif après cet investissement. En outre, cette condition ne peut être vérifiée qu'au jour de la liquidation d'O & Q, jour où le bail à perpétuité arrivera à son terme. L'article 2 de la *Loi de 1891 concernant CP* paraît présumer l'équation équilibrée et précise donc que le créancier de la redevance, y compris ici le porteur d'actions-débetures, ne jouit pas d'un droit de suite pour garantir sa créance sur le terrain cédé même si, en *common law*, il en aurait jouit.

Les porteurs d'actions-débetures, que représentent l'intervenant John Turner et autres, ont reconnu que leur charge est bien une «redevance», aux termes de la *Loi de 1891 concernant CP*. Néanmoins, ils soutiennent que leurs actions-débetures constituent une charge déterminée grevant l'actif d'O & Q et que, par conséquent, CP est seulement en droit de vendre les terrains excédentaires selon la Loi de 1891. Toute vente antérieure à cette loi, ou qui ne lui est pas conforme, violerait donc à leurs yeux la charge déterminée dont jouissent des porteurs de débetures. Il est admis que CP n'a obtenu aucune décharge des porteurs de débetures pour la vente des terrains excédentaires.

If this debenture stock does constitute a specific charge on all O & Q assets, any sales prior to the 1891 CP Act may violate the debenture stock security as prescribed in the indenture and the 1884 O & Q Act, *supra*, under which the debenture stock was issued. There is the related question as to whether in this event the charge follows the land into the hands of the purchaser. There is no prohibition against sale of the lands in the debenture stock indenture or the statute. There is no trust deed with foreclosure provisions. There has been no default by O & Q in payment of interest, and the sale of part of the demised lands is not made a default by the indenture. The exercise of the power of sale which has been found to arise in CP under the Lease may, however, be unaffected by the presence of the 'charge or lien' in the debenture terms because there has been no failure by O & Q to pay the interest on these debentures when due, and the sale itself is not specified to constitute a breach. The right if any in the debenture stock holder to enforce the debenture charge against the lands in the hands of the purchaser or a successor in title may well be statute barred.

With the advent of the 1891 CP Act, O & Q, with CP's consent, was empowered to sell these lands free of this charge. The debenture holders concede this point but argue with reference to post-1891 sales that CP did not comply with the terms of s. 2 of the 1891 CP Act because these sales were not authorized by the O & Q Board of Directors. The Board of Directors in fact only authorized a very small number of these sales. I am satisfied that CP did in fact meet all the requirements of s. 2 of the 1891 CP Act. The 1891 Act requires that the proceeds from the sales of surplus lands be applied either to the acquisition of rolling stock or to permanent improvement of the railway. The aggregate amount spent by CP on permanent improvements to the O & Q Railway to the end of 1973 was \$141 423 948, a sum which greatly exceeds the aggregate amount of the proceeds received by CP from sales of O & Q, TG & B and WOP surplus lands, that is \$15 797 809.26.

Si cette action-débeture constitue bien une charge déterminée grevant tout l'actif d'O & Q, toute vente antérieure à la *Loi de 1891 concernant CP* peut violer la sûreté de l'action-débeture conférée par le contrat y relatif et par la *Loi de 1884 concernant O & Q* en vertu de laquelle il y a eu émission des actions-débetures. Il y a également la question connexe de savoir si, en ce cas, il y a droit de suite dans les mains de l'acquéreur. Rien n'interdit la vente des terrains dans l'acte constatant l'émission d'actions-débetures ni dans la *Loi*. Aucun acte de fiducie ne stipule de forclusion. O & Q n'est pas défailtante quant au paiement de l'intérêt et l'acte constatant l'émission ne la met pas en défaut du simple fait de la vente d'une partie des terrains donnés à bail. L'exercice du pouvoir de vente, dont CP a été jugée titulaire en vertu du Bail, pourrait néanmoins ne pas être touché par l'existence d'une «charge ou redevance» stipulée par la débeture, puisque O & Q n'est pas en défaut de paiement de l'intérêt sur ces débetures à échéance et qu'il n'est nullement stipulé que la vente en elle-même y contreviendrait. Le cas échéant, le droit de suite du porteur d'actions-débetures sur les terrains grevés par la charge créée par la débeture, une fois passés à l'acheteur ou à son successeur en titre, peut fort bien être interdit par la *Loi*.

Avec la venue de la *Loi de 1891 concernant CP*, O & Q, avec l'agrément de CP, se voyait conférer le pouvoir de vendre ces terrains libres de cette charge. Les porteurs de débeture le concèdent, mais ils soutiennent que, dans le cas des ventes postérieures à 1891, CP n'a pas respecté les conditions prévues à l'art. 2 de la *Loi de 1891 concernant CP*, les ventes n'ayant pas été autorisées par le conseil d'administration d'O & Q. Le conseil d'administration n'a en fait autorisé qu'un tout petit nombre de ces ventes. J'ai acquis la conviction que CP a effectivement respecté toutes les conditions de l'art. 2 de la *Loi de 1891 concernant CP*. La *Loi de 1891* requiert que le produit des ventes des terrains excédentaires serve soit à l'acquisition de matériel roulant, soit à l'apport d'améliorations permanentes au chemin de fer. L'ensemble des sommes affectées par CP aux améliorations permanentes du chemin de fer d'O & Q s'élevait, fin 1973, à 141 423 948 \$, somme supé-

CP expenditures on permanent improvements do not even include the expenditures which CP made on rolling stock during this period. The failure to obtain the approval of these sales by the Board of Directors of O & Q has already been discussed. CP by the Lease was granted complete control over the operation of the O & Q Railway. CP could call upon O & Q to take all steps reasonably necessary for the operation of the O & Q Railway by CP. The officers of O & Q were obligated under the Lease to execute such documents as required by CP in the conduct of its operation under the Lease (see clause 11, *supra*). The lease terms were explicit and could not be varied or overturned by subsequent O & Q by-laws. Section 2 of the *1891 CP Act* does not impose any requirement for board approval of any sales under the statute and given the general control which CP exercised over O & Q under the Lease it was not necessary for CP to secure board approval for any of these sales.

As a result, whether or not the debenture holders have a specific or floating charge, CP has statutory authority under the general and special railway statutes already mentioned to sell railway lands either subject to or free from incumbrance according to the statute applicable to the sale in question. The debenture charge and lien is an "incumbrance" within the meaning of the *1891 CP Act*, and CP fulfilled all the requirements of s. 2 of the Act because the proceeds from the sales of surplus lands were all reinvested in the O & Q Railway. With respect to sales made after 1891, the debenture holders therefore have no claim against CP or O & Q.

There may however be a problem with respect to any sales of surplus lands prior to 1891. If this debenture stock does constitute a specific charge, the holders of this stock may have either some

rieure, et de beaucoup, au produit global des ventes des terrains excédentaires d'O & Q, de TG & B et de POO, obtenu par CP, soit 15 797 809,26 \$. Les dépenses de CP affectées à des améliorations permanentes n'incluent même pas les dépenses qu'elle a affectées au matériel roulant au cours de cette période. La non-obtention de l'approbation de ces ventes par le conseil d'administration d'O & Q a déjà été commentée. CP, en vertu du Bail, a obtenu le contrôle total des opérations du chemin de fer d'O & Q. CP pouvait exiger d'O & Q qu'elle prenne toutes les mesures raisonnablement nécessaires pour lui permettre d'exploiter le réseau de chemin de fer d'O & Q. Les dirigeants d'O & Q étaient obligés, en vertu du Bail, de signer tout document dont CP pouvait avoir besoin dans la conduite des opérations qu'elle entreprenait en vertu du Bail (voir clause 11, précitée). Les stipulations du Bail sont explicites et elles ne pouvaient être modifiées ni supprimées par des règlements subséquents d'O & Q. L'article 2 de la *Loi de 1891 concernant CP* ne requiert pas l'approbation du conseil pour les ventes effectuées en vertu de cette loi et, compte tenu du contrôle général qu'exerçait CP sur O & Q en vertu du Bail, il n'était pas nécessaire que CP obtienne l'approbation du conseil pour ces ventes.

Par conséquent, que les porteurs de débetures aient ou non une charge déterminée ou flottante, CP jouit de l'autorité suffisante, en vertu des lois générales et spéciales sur les chemins de fer déjà mentionnées, pour vendre les terrains du réseau de chemin de fer, grevés ou non de charges, conformément aux lois applicables à la vente en question. La charge et redevance créée par la débeture est une «redevance» au sens de la *Loi de 1891 concernant CP* et CP a respecté toutes les conditions de l'art. 2 de la Loi, le produit de la vente des terrains excédentaires ayant été entièrement réinvesti dans le réseau de chemin de fer d'O & Q. Quant aux ventes postérieures à 1891, les porteurs de débetures n'ont donc aucune réclamation contre CP ou O & Q.

Il se peut néanmoins que les ventes antérieures à 1891 de terres excédentaires posent quelques problèmes. Si cette action-débeture constitue bien une charge déterminée, les porteurs de cette action

claim against O & Q or CP for the diminution of their security, or they may have some claim against this land in the hands of the purchasers or their successors in title. On the other hand, if this debenture stock constitutes a floating charge, there is clearly no cause of action against CP or O & Q by reason of these sales. CP acquired the power of sale under the Lease and a floating charge could not operate so as to restrict this power of sale, this being the very nature of a floating charge which has not yet crystallized into a fixed or specific charge. There are present in the Lease, and more importantly in the 1884 *O & Q Act* and the indenture between O & Q and CP with reference to the issuance of the debenture stock, several indications that the first "charge and lien" is a floating charge securing the debenture stock and operative only upon crystallization of that charge by default. Default is not defined as including a sale of parts of the demised premises, as for example these surplus lands. The only condition expressly or inferentially defined as default is the failure of O & Q to pay the interest accruing under the perpetual debentures. Unless and until such a breach occurs, any purported exercise of the rights of enforcement which may ultimately arise is premature. The Lease contains no prohibition against the sale of surplus lands or any other lands and accordingly the power of sale is not subject to any limitation under the Lease except that which is inferred from the obligation of the lessee to carry on and operate the railway undertaking of the lessor. The indenture entered into between O & Q and CP in support of the issuance of this debenture stock likewise does not include, expressly or by inference, any limitation on the rights of the issuer or CP under the Lease. Section 8 of the 1884 *O & Q Act* authorizing the issuance by O & Q of the debenture stock makes no reference directly or indirectly to any restriction on the issuer of the issuer's ordinary right to dispose of lands. The debenture stock is not supported (as already mentioned) by a trust deed or any legal process amounting to a power to foreclose in the event of breach by the issuer. None of the supporting documentation makes any provision for a partial discharge or any other control by the holder of the debenture stock over the assets of the issuer or the

pourraient avoir soit un droit d'action contre O & Q ou CP en raison de la diminution de leur sûreté soit un droit de suite sur le terrain devenu propriété des acheteurs ou de leurs successeurs en titre. Par ailleurs, si l'action-débeture constitue une charge flottante, manifestement on ne peut agir en justice contre CP ou O & Q en se fondant sur ces ventes. CP a acquis le pouvoir de vente en vertu du Bail; une charge flottante ne saurait jouer de manière à restreindre ce pouvoir de vente, de par sa nature même de charge flottante qui ne s'est pas encore cristallisée en une charge fixe ou déterminée. On retrouve dans le Bail et, plus important, dans la *Loi de 1884 concernant O & Q* ainsi que dans l'acte constatant l'émission des actions-débetures intervenu entre O & Q et CP, plusieurs indications que la première «charge et redevance» constitue une charge flottante garantissant l'action-débeture et ne jouant qu'au moment de la cristallisation de cette charge lors du défaut du débiteur. On ne définit pas le défaut comme incluant la vente d'une partie des biens donnés à bail, par exemple les terrains excédentaires. La seule condition expresse ou tacite définie comme un défaut, est le non-paiement, par O & Q, de l'intérêt couru sur les débetures permanentes. À moins d'un tel manquement, et tant qu'il ne se sera pas produit, tout exercice se voulant un exercice des droits d'exécution auxquels elle pourrait ultimement donner droit est prématuré. Le Bail ne comporte aucune interdiction de vendre les terrains excédentaires, ni d'ailleurs aucun autre terrain, aussi le Bail ne limite-t-il en aucune manière le pouvoir de vente, si ce n'est tacitement, à cause de l'obligation de la preneuse de poursuivre l'entreprise et d'exploiter le chemin de fer de la baille-resse. De même le contrat intervenu entre O & Q et CP relativement à l'émission des actions-débetures n'apporte aucune restriction expresse ou tacite aux droits de l'émetteur ou de CP découlant du Bail. L'article 8 de la *Loi de 1884 concernant O & Q*, qui autorise O & Q à émettre les actions-débetures, ne mentionne ni directement ni indirectement aucune restriction du droit habituel de l'émetteur d'aliéner des terrains. L'action-débeture n'est pas garantie, comme je l'ai déjà dit, par un acte de fiducie ni aucun autre mécanisme juridique équivalant à un pouvoir de

conduct by CP as the operator of the undertaking of the issuer. The sole right arising in the debenture holder in all this documentation surrounding the creation of the debenture debt is the right to vote in the corporate proceedings of O & Q should O & Q fail to pay interest as accrued under the perpetual debentures. None of the indicia of a fixed or specific charge is found in any of this documentation. Indeed the clearest right emerging from these unusual instruments is a charge or lien enforceable upon the termination of the issuer. On the winding-up of O & Q these debentures clearly represent a first charge and lien on its assets in the hands of the liquidator. Until that time, when the charge becomes enforceable as against the land as distinct from against the issuer, this charge falls more clearly into the category of a floating charge. Since disposal of surplus lands is not a breach of the conditions surrounding the issuance of the debenture and since the interest has been paid as accrued, nothing has occurred in law to crystallize the floating charge and cause it to descend upon the lands of O & Q. This in my view is a conclusion consistent with the overall arrangement as between the lessor and the lessee under the Lease and the debenture holders under the indenture entered into by the lessor and the lessee. The entire transaction must be taken *in toto* and interpreted on that basis rather than by endeavouring to determine the meaning of the various instruments on the basis of their individual or isolated dissection. On this basis, I have come to the conclusion that the debenture holders are secured only by an inchoate indebtedness which has not matured and fallen due by reason of breach.

It therefore follows, and again more particularly by reason of the absence of any prohibition, that the issuer is free to dispose of its land in the ordinary course of business as is the case here with the sale of the surplus lands. This is not a terminal disposition in the nature of a winding up but rather

forclusion en cas d'inexécution par l'émetteur. Aucun des documents concernant la garantie ne mentionne une décharge partielle ou quelque autre moyen de contrôle que le porteur d'actions-débetures pourrait exercer sur l'actif de l'émetteur ou sur la conduite de CP en tant qu'exploitant de l'entreprise de l'émetteur. Le seul droit dont jouit le porteur de débetures dans l'ensemble des documents relatifs à la création de dette garantie par débetures est celui de voter sur la gestion d'O & Q, advenant que celle-ci ne paie pas l'intérêt couru en vertu des débetures permanentes. On ne trouve aucun des indices habituels d'une charge fixe ou déterminée dans tous ces documents. D'ailleurs, le droit le plus manifeste qui ressort de ces instruments inhabituels est une charge ou redevance exécutoire au moment de la liquidation de l'émetteur. À la liquidation d'O & Q, ces débetures constitueront manifestement une première charge et redevance sur son actif, dont le liquidateur aura alors la saisine. Avant que ce moment arrive et que la charge puisse être exécutée contre les terrains et non pas contre l'émetteur, elle relève plus clairement de la catégorie de la charge flottante. Comme l'aliénation des terrains excédentaires ne viole pas les conditions entourant l'émission de la débeture et comme l'intérêt couru a toujours été payé, rien ne s'est produit, en droit, qui puisse cristalliser la charge flottante et lui faire grever les terrains d'O & Q. C'est là, à mon avis, une conclusion conforme à l'arrangement global intervenu entre la bailleuse et la preneuse dans le Bail et les porteurs de débetures en vertu du contrat intervenu entre la bailleuse et la preneuse. L'opération doit être considérée globalement et interprétée sur cette base, non pas par une tentative d'établir le sens des divers instruments par quelque dissection individuelle opérée isolément. Sur ce fondement, j'arrive à la conclusion que les porteurs de débetures n'ont pour garantie qu'une dette en puissance qui n'a pas mûri et n'est pas encore exigible pour cause de violation.

Il s'ensuit donc, et ici plus particulièrement encore en raison de l'absence de toute interdiction, que l'émetteur est libre d'aliéner son bien-fonds dans le cours ordinaire de ses affaires, comme c'est le cas ici, en vendant les terrains excédentaires. Il ne s'agit pas d'une aliénation finale, comme le

a series of transactions incidental to the operation of the railway undertaking of the issuer O & Q by the lessee CP under the contractual terms of the Lease. It therefore follows, and I so conclude, that the power of sale heretofore found to have been granted to CP under the Lease can be exercised without precipitating the crystallization of the charge in the debenture. These conclusions are reached within the framework of the actions brought by the appellants and the claims made by the intervener. The Court of Appeal, in finding the existence of a power of sale in the lessee under the Lease, did not proceed to deal with the consequence of the exercise of this power of sale in relation to the rights of the debenture stockholders as the holders of a first charge and lien. It follows irresistibly from that finding however that the Court of Appeal were of the view that in the exercise of the power of sale under the Lease, the lessee was not restricted by the existence of these provisions in the debenture stock. There are no claimants before the Court seeking to enforce the debenture charge against the lands in the hands of the purchasers from O & Q and CP in the case of those sales which took place prior to 1891. In that period there were 35 sales of O & Q land none of which appear to have brought in any significant proceeds as most of them were sold for a dollar and "other valuable consideration".

6. Abandonment

Related to these sales of surplus lands are the abandonments of rail lines by CP in the course of operating the O & Q railway system. As already noted, the TG & B abandonment related to 19.1 miles of line of which 17.35 miles were sold. This occurred in 1932. The remaining two acres remain in TG & B. This line closure occurred with the approval of the Canadian railway regulatory authority. The remaining abandonment relates to the O & Q line from Tweed to Glen Tay, Ontario, 60.9 miles in all located more or less in the middle of the O & Q railway from Toronto to Ottawa. The rails have been removed but title to the right-of-way remains in O & Q. This abandonment was authorized by the Canadian Transport Commission on the application of O & Q and CP in 1971.

serait une liquidation, mais plutôt d'une série d'opérations reliées à l'exploitation du chemin de fer de l'émettrice, O & Q, par la preneuse CP, en vertu des stipulations conventionnelles contenues dans le Bail. Il s'ensuit donc, et telle est ma conclusion, que le pouvoir de vente précédemment constaté comme ayant été accordé à CP en vertu du Bail, peut être exercé sans précipiter la cristallisation de la charge prévue par la débenture. J'arrive à ces conclusions dans le cadre des actions intentées par les appelants et des prétentions de l'intervenant. La Cour d'appel, en concluant que le Bail concède à la preneuse un pouvoir de vente, n'a pas recherché les conséquences de l'exercice de ce pouvoir par rapport aux droits des porteurs d'actions-débentures en tant que bénéficiaires d'une première charge et redevance. Il s'ensuit irrésistiblement néanmoins que la Cour d'appel était d'avis que, dans l'exercice de son pouvoir de vente stipulé par le Bail, ces clauses de l'action-débenture ne limitaient pas la preneuse. Personne ne s'adresse à la Cour pour réclamer l'exécution de la charge stipulée par la débenture contre les terrains appartenant aux personnes qui les ont acquis d'O & Q et de CP dans le cas des ventes ayant eu lieu avant 1891. Au cours de cette période, il y a eu 35 ventes de terrains d'O & Q, dont aucune ne paraît avoir vraiment rapporté, la plupart ayant été vendue pour un dollar et «autres contreparties valables».

6. L'abandon

Reliés à ces ventes de terrains excédentaires, il y a les abandons de lignes de chemin de fer par CP au cours de son exploitation du réseau d'O & Q. Comme je l'ai déjà noté, l'abandon du réseau TG & B visait 19,1 milles de voies ferrées, dont 17,35 milles ont été vendus. C'était en 1932. Les deux acres restantes appartiennent encore à TG & B. Cette fermeture a reçu l'approbation de l'autorité canadienne de réglementation des chemins de fer. Le dernier abandon concerne la ligne d'O & Q reliant Tweed à Glen Tay, en Ontario, soit 60,9 milles de voies en tout, situées à peu près au milieu de la ligne d'O & Q reliant Toronto à Ottawa. Les rails ont été enlevés mais O & Q conserve le titre sur l'emplacement de voie. Cet abandon a été autorisé par la Commission canadienne des trans-

There is no issue as to the legality of these abandonments under the regulatory system in place at the time; the only question is whether these abandonments or either of them amount to a breach of the Lease.

In the TG & B abandonment, traffic on the line was rerouted onto another part of the O & Q system as it was more efficient to do so. In the O & Q abandonment, traffic from Tweed to Ottawa was rerouted to another railway line acquired by lease by CP from another railway company the ownership of which CP subsequently acquired. According to the evidence an expenditure of about \$12 million would be required to restore the track along this portion of the right-of-way.

The decision of the Court of Appeal, unanimous on this point, found that CP continued after these abandonments to operate the O & Q railway system "efficiently" as required by clause 12 of the Lease (at pp. 481-82). The Lease cannot be reasonably interpreted to require the operator of the O & Q railway to conduct its operations efficiently and at the same time use some equipment and other properties which seriously reduce the efficiency of such operations. It is inevitable with the march of technology that equipment will change and of course will wear out and require replacement over the years. As the speed of the equipment and the power of its traction increase over the years, the layout of the right-of-way will likewise become inefficient and will impede the economic operation of the railway by the lessee. Growth of the community served by the railway will equally and inevitably force changes in routes and supporting facilities and services over the years. Given a reasonable and practical interpretation, clause 12 burdens the lessee with the efficient conduct of the operation of this railway in a manner consistent with the changing commercial and technological conditions and with the interest of the community being served. I therefore agree with the decision of the Court of Appeal that these abandonments are not in law breaches of these leases. I would also note that I completely agree with the unanimous finding of the Court of Appeal, at p. 482, that the

ports sur demande d'O & Q et de CP, en 1971. La légalité de ces abandons en vertu du système de réglementation en place à l'époque n'est pas en cause; la seule question qui se pose est de savoir si ces abandons, ou l'un d'eux, équivalent à une violation du Bail.

Pour ce qui est de l'abandon des voies de TG & B, le trafic ferroviaire a été dérivé sur une autre section du réseau d'O & Q pour des raisons d'efficacité. Pour ce qui est de l'abandon des voies d'O & Q, le trafic reliant Tweed à Ottawa a été dérivé sur une autre voie que CP a prise à bail d'une autre compagnie de chemin de fer, puis a subséquemment acquis. Selon les preuves fournies, il en coûterait 12 \$ millions pour réaménager la voie le long de cette section de l'emplacement de voie.

De l'avis unanime de la Cour d'appel, CP a continué, après ces abandons, à exploiter le réseau de chemin de fer d'O & Q «efficacement», comme le requiert la clause 12 du Bail (aux pp. 481 et 482). On ne saurait interpréter raisonnablement le Bail comme exigeant de l'exploitant du chemin de fer d'O & Q une gestion efficace et, en même temps, qu'il continue à utiliser de l'équipement et des propriétés qui réduisent gravement l'efficacité de ses opérations. Il est inévitable qu'avec les progrès de la technologie l'équipement se modifie, sans parler bien entendu de son usure, qui exige, avec les années, qu'on le remplace. Avec l'accroissement de la vitesse et de la puissance de traction de l'équipement au cours des années, le tracé de l'emplacement des voies perd de même de son efficacité et nuit à l'exploitation économique du chemin de fer par la preneuse. La croissance des collectivités desservies par le chemin de fer nécessitera inévitablement, au cours des années, des modifications de parcours et des installations qui les desservent. Selon une interprétation raisonnable et pragmatique, la clause 12 oblige la preneuse à rentabiliser ce chemin de fer, en respectant les changements intervenus dans les conditions technologiques et commerciales et les intérêts des collectivités desservies. Je souscris donc à la décision de la Cour d'appel qui a conclu que ces abandons ne sont pas, en droit, des violations des baux. Je dois dire aussi que je souscris totalement à la

application by CP before the CTC does not raise any issue of fraud or illegality merely because CP applied to abandon a "branch" line of the CP system which was in fact a "main" line of the O & Q system. The facts do not disclose any fraudulent misrepresentation to the CTC. The exercise by CP of its majority voting power so as to cause O & Q to join in this application to the CTC does not of itself amount to actionable oppression. This issue is further discussed below. No fraudulent or oppressive intent on the part of CP in those proceedings before the CTC or other regulatory authority with reference to these abandonments is revealed in the extensive record before the Court.

7. The Marathon Sale

The origins of the Marathon transaction have already been outlined. Difficulties were encountered by Marathon in attempting to develop the lands surplus to the O & Q Railway undertaking. Additional difficulties arose when CP issued stock to the public in its subsidiary, CPI, which held all the outstanding shares of Marathon. When Marathon thereby ceased to be a wholly-owned subsidiary of CP, taxation problems arose because it was no longer appropriate to make inter-company transfers of this real estate on the basis of historic book value or cost. Also the question of the position of the shareholders of CP *vis-à-vis* the shareholders of Marathon or of its parent company would be a relevant consideration in effecting any transfers of real estate between the two companies. In the course of its studies CP obtained a comprehensive report from the late Allan Findlay, Q.C., upon which subsequent strategy for the transfer of these surplus properties from CP and O & Q to Marathon was developed. The primary recommendation by Mr. Findlay was the amalgamation of O & Q and CP. This would have brought the perpetual lease to an end as the reversion and the leasehold estate would have collapsed into CP. Unhappily this course was not open to CP because of unexplained administrative problems. The second route recommended was that which was in

conclusion de la Cour d'appel, à l'unanimité, à la p. 482, savoir, que la requête de CP auprès de la CTC ne soulève nullement des questions de fraude ou d'illegalité, simplement parce que CP aurait demandé l'autorisation d'abandonner une voie «secondaire» de son réseau alors qu'il s'agissait en fait d'une voie «principale» du réseau d'O & Q. Les faits ne révèlent aucune fausse déclaration dolosive à la CTC. L'exercice par CP de ses votes majoritaires pour forcer O & Q à se porter corequérante auprès de la CTC, en soi, n'équivaut pas à une mesure oppressive conférant un droit d'action. Cette question est analysée plus longuement ultérieurement. Aucune intention dolosive ou oppressive, imputable à CP dans les procédures devant la CTC ou un autre organisme de réglementation concernant ces abandons, ne ressort du dossier fort complet dont la Cour est saisie.

7. La vente à Marathon

Les origines de l'opération Marathon ont déjà été exposées. Marathon a éprouvé des difficultés lorsqu'elle a voulu lotir les terrains excédentaires du chemin de fer d'O & Q. Des difficultés supplémentaires ont surgi lorsqu'une filiale de CP, CPI, propriétaire de toutes les actions en circulation de Marathon, a émis des actions à l'intention du public. Lorsque Marathon a, par ce fait, cessé d'être une filiale appartenant entièrement à CP, des problèmes fiscaux se sont posés, puisqu'il n'était plus possible d'effectuer des transferts inter-compagnies de ces biens réels sur la base de leur valeur au livre ou cours historiques. Cela mettait aussi en cause la situation des actionnaires de CP par rapport aux actionnaires de Marathon ou de sa compagnie mère dans tout transfert de biens réels entre les deux compagnies. Dans le cours des études qu'elle avait commandées, CP a obtenu de feu M^e Allan Findlay, c.r., un rapport complet qui a servi de base à la stratégie subséquentement élaborée pour la cession de ces biens excédentaires de CP et d'O & Q à Marathon. La première recommandation de M^e Findlay avait été de fusionner O & Q et CP. Cela aurait mis un terme au bail à perpétuité, le droit de réversion et le droit créé par le Bail étant tous deux réunis sur la tête de CP. Malheureusement cette solution n'était pas utilisable par CP, pour des raisons

fact followed and has already been briefly outlined. The first step along this route was the replacement of the Board of Directors of O & Q which for many years dating back almost to the 1884 Lease was filled with employees of CP. The new Board elected in 1973 comprised five persons independent of CP who were senior members of the bar in the Province of Quebec or persons recently retired from senior executive positions in the world of finance or business generally in this country.

This Board proceeded to obtain from independent real estate appraisers an appraisal of the market value of these surplus lands. These appraisers, pursuant to instructions, valued the entire interest in these lands as though there were no incumbrance or lease, at \$8 639 000. At the same time, Marathon and CP jointly retained appraisers who valued these lands on the same basis, at \$9 652 000. As a subsidiary exercise the appraisers of both O & Q and Marathon valued the reversionary or remainder interest of CP upon the expiry of the 99-year lease to Marathon and the reversionary interest of O & Q upon the expiry of the perpetual lease to CP. The final agreement between the parties valued these reversionary interests at \$255 000. This value was included in the appraisal of the entire market value of these lands.

It is clear that the O & Q directors were not aware that the CP appraisal of these lands was significantly higher than that of their own appraisers. In the agreement that followed for the sale of these lands, the directors of O & Q therefore agreed to sell these lands for a total consideration of \$8.8 million, a price slightly above their appraisal value.

The proposed sale of these lands was then reduced to writing in a tripartite agreement executed by the parties in September 1973. This agreement recites s. 2 of the *1891 CP Act* and purports to be a dual exercise of that section and the powers thereby granted to O & Q and CP. The agreement requires CP, in consideration of O & Q conveying

administratives qui demeurent inexplicées. La seconde solution recommandée, celle qui a effectivement été suivie, a déjà été brièvement exposée. Sa première étape a été le remplacement du conseil d'administration d'O & Q qui, depuis de nombreuses années, remontant pour ainsi dire au Bail de 1884, se composait d'employés de CP. Le nouveau conseil, élu en 1973 était formé de cinq personnes indépendantes de CP, membres depuis de nombreuses années du barreau de la province de Québec ou anciens cadres supérieurs à la retraite du monde des finances ou des affaires d'un peu partout au pays.

Ce conseil a alors obtenu d'évaluateurs immobiliers indépendants une évaluation de la valeur marchande de ces terrains excédentaires. Ces évaluateurs, conformément à leurs instructions, ont évalué les terrains comme s'ils n'étaient grevés d'aucune charge ni visés par aucun bail, à 8 639 000 \$. Au même moment, Marathon et CP renaient conjointement les services d'évaluateurs qui fixaient la valeur de ces terrains, sur la même base, à 9 652 000 \$. Subsidiairement, les évaluateurs tant d'O & Q que de Marathon évaluaient le droit réversif ou droit résiduel de CP aux termes du bail de 99 ans consenti à Marathon et le droit réversif d'O & Q aux termes du bail à perpétuité consenti à CP. L'accord définitif intervenu entre les parties évaluait ces droits réversifs à 255 000 \$. Ce prix fut inclus dans l'évaluation de la valeur marchande totale des terrains.

Il est clair que les administrateurs d'O & Q ignoraient que l'évaluation de ces terrains commandée par CP était nettement supérieure à celle à laquelle arrivaient leurs propres évaluateurs. Dans l'accord qui a suivi en vue de la vente de ces terrains, les administrateurs d'O & Q ont donc accepté de vendre les terrains à un prix global de 8,8 \$ millions, soit un prix légèrement supérieur à la valeur à laquelle ils avaient été évalués.

Le projet de vente des terrains fut alors constaté par écrit dans un contrat tripartite qu'ont conclu les parties en septembre 1973. Le contrat reproduit l'art. 2 de la *Loi de 1891 concernant CP* et se veut conclu à la fois dans l'exercice des pouvoirs conférés par cet article à O & Q et à CP. Le contrat requiert de CP, en contrepartie de la cession par

its rights in these lands to Marathon, to invest an amount equal to the entire value (\$8.8 million) in rolling stock and permanent improvements for and in the O & Q line "in such manner and at such time or times as O & Q and [CP] shall deem expedient provided it be made within three years of the Completion Date..." and which sum O & Q specifically agrees is the value of these surplus lands free from incumbrance and leases. CP in turn agrees to sell and convey to Marathon CP's right in these lands in consideration of Marathon paying to CP \$255 000 being, as discussed above, the valuation of all reversions and remainders in these lands. The agreement provides for the closing of this sale and purchase after approval of the agreement by the shareholders of O & Q at such date as may be mutually agreed upon. Shareholder approval was obtained as already mentioned and the completion date has been deferred pending the outcome of these actions. The net effect is that CP must invest in the O & Q Railway, from its own funds, a net amount of \$8.8 million. In essence, therefore, the \$255 000 payment is an in-house transfer of funds between CP and a subsidiary of a subsidiary with minority outside interests. With respect to the \$255 000 payment, O & Q has no interest and suffers no prejudice, a like sum already having been paid to O & Q by the investment of the \$8.8 million in the O & Q Railway. This process at the same time restores or maintains the interest of the debenture stockholders.

No doubt out of an abundance of caution, the grantors arranged in the agreement for the investment in the O & Q Railway of the entire valuation of all interests in these surplus lands. The expression "proceeds" of sale of surplus lands in s. 2 can by no interpretation exceed the total fair market value of all interest in the lands being transferred. Whatever the settlement may be in the corporate records of CP for the inter-corporate assignment of these lands is of no concern to O & Q so long as O & Q receives the benefit prescribed by s. 2. This benefit cannot exceed or indeed even approach the total market value of these lands since the O & Q

O & Q de ses droits sur les terrains à Marathon, qu'elle investisse un montant égal à leur valeur totale (8,8 \$ millions) en matériel roulant pour la ligne de chemin de fer d'O & Q et en améliorations permanentes de cette ligne [TRADUCTION] «de la manière et au moment qu'O & Q et [CP] jugeront opportun, pourvu que ce soit dans les trois ans de la date de la conclusion...», somme qu'O & Q reconnaissait expressément égale à la valeur des terrains excédentaires, libres de toute charge et baux. CP, à son tour, acceptait de vendre et de céder à Marathon ses droits sur ces terrains en contrepartie du paiement par Marathon de la somme de 255 000 \$, soit, comme je l'ai dit précédemment, la valeur de tous les droits résiduels et réversifs sur ces terrains. Le contrat stipulait que la vente serait conclue après que les actionnaires d'O & Q l'auraient approuvée, à la date qui serait mutuellement convenue. L'approbation des actionnaires a été obtenue comme je l'ai déjà dit, et la date de conclusion reportée, en attendant qu'il soit statué sur les actions dont nous sommes saisis. En fin de compte, CP doit investir dans le chemin de fer d'O & Q, en puisant à même ses propres fonds, une somme nette de 8,8 \$ millions. Essentiellement donc, le paiement de 255 000 \$ constitue un transfert interne de fonds entre CP et une filiale de l'une de ses filiales, dans laquelle une minorité extérieure détient une participation. Pour ce qui est de ce paiement de 255 000 \$, O & Q n'y a pas droit et n'en souffre aucun préjudice, une somme similaire lui ayant déjà été versée du fait de l'investissement de 8,8 millions dans son chemin de fer. Cette procédure rétablit ou conserve aussi les intérêts des porteurs d'actions-débetures.

Sans doute par mesure de précaution, les cédants ont prévu dans le contrat d'investir dans le chemin de fer d'O & Q la valeur totale de tous les droits dans les terrains excédentaires. L'expression «produit» de la vente des terrains excédentaires figurant à l'art. 2 ne saurait être interprétée comme étant supérieure à la juste valeur marchande totale des terrains cédés. Quel que soit l'arrangement figurant dans les dossiers de CP concernant l'attribution interne de ces terrains, cela ne saurait intéresser O & Q tant que celle-ci reçoit la contrepartie prévue à l'art. 2, laquelle ne saurait être supérieure, ni même d'ailleurs compa-

interest therein consists only of the reversionary rights on the termination or expiry of the Lease which, along with the CP remainder rights under the 99-year Marathon lease, were appraised at \$255 000. We do not know the value placed by the appraisers on each of the component interests. The commercial issue in the Marathon matter thus resolves itself into who shall be the recipient of the \$8.8 million or \$9.6 million and in what form.

The appellants have raised a number of challenges to the validity of the Marathon agreement, each of which is addressed below.

(a) *Independent Board*

As noted, in early 1973 CP decided that before arrangements were made for the sale to Marathon of the freehold interest in O & Q lands, the Board of Directors of O & Q should be reconstituted so that it would consist of persons completely independent of CP. This precaution taken by CP may have resulted from either an exercise of an abundance of caution or a misinterpretation of s. 53(2) of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, which disqualifies employees of a railway company or anyone having an interest in a contract with the railway company, from serving as a member of its board of directors.

The appellant Wotherspoon argued that any approval by the Board of Directors of O & Q for sale of O & Q land prior to 1973 (some 55 sales of surplus lands) had no legal effect because their directors had an interest in the contract between CP and O & Q, that is, the 1884 Lease.

Because I have already determined that CP enjoys the power of sale of O & Q lands by virtue of the 1884 Lease (a lease which was authorized by the Board of Directors of O & Q), the approval of the O & Q Board of Directors for any of these sales prior to 1973 was obviously unnecessary. Further, if I had to decide the point as to whether the O & Q Board of Directors prior to 1973 had an interest in the O & Q-CP Lease which disquali-

able, à la valeur marchande totale des terrains, puisque le droit d'O & Q dans ceux-ci ne consiste qu'en un droit réversif au terme ou à l'expiration du Bail, lequel, joint aux droits résiduels de CP en vertu du bail de 99 ans consenti à Marathon, a été évalué à 255 000 \$. Nous ignorons la valeur attribuée par les évaluateurs à chacune de ces composantes. Le litige commercial dans l'affaire Marathon revient donc à déterminer qui doit recevoir les 8,8 millions ou les 9,6 millions et sous quelle forme.

Les appelants ont contesté la validité du contrat intervenu avec Marathon, soulevant plusieurs moyens, chacun desquels est ci-après examiné:

a) *Le conseil indépendant*

Comme je l'ai déjà dit, au début de 1973, CP a décidé, avant que ne soient conclus des arrangements pour la vente à Marathon de la propriété franche des terrains d'O & Q, de reconstituer le conseil d'administration d'O & Q de façon qu'il ne soit formé que de personnes totalement indépendantes de CP. CP a pris cette précaution soit par prudence, soit parce qu'elle aurait mal interprété le par. 53(2) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2, qui rend les employés d'une compagnie de chemin de fer ou de toute partie intéressée dans un contrat avec une compagnie de chemin de fer inéligibles à être membres de son conseil d'administration.

L'appellant Wotherspoon soutient que toute approbation qu'aurait donnée le conseil d'administration d'O & Q à une vente de terrains appartenant à la compagnie, antérieure à 1973 (soit quelque 55 ventes de terrains excédentaires) n'a aucun effet juridique puisque les administrateurs étaient intéressés dans un contrat intervenu entre CP et O & Q, savoir le Bail de 1884.

Comme j'ai déjà conclu que CP jouit du pouvoir de vendre les terrains d'O & Q en vertu du Bail de 1884 (un bail autorisé par le conseil d'administration d'O & Q), l'approbation par le conseil d'administration d'O & Q de toutes les ventes antérieures à 1973 n'était de toute évidence pas nécessaire. De plus, si j'avais à déterminer si le conseil d'administration d'O & Q, avant 1973, était partie intéressée au Bail intervenu entre O & Q et CP, ce qui

fied them, I would conclude that neither the shareholders nor the employees of CP have in law or equity any interest in the assets of CP including CP's interest in the real estate and other assets of O & Q (see *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.)). Consequently, employment by CP is not a disqualification for membership on the Board of O & Q. I would also adopt the conclusion of the trial judge, Hughes J., at p. 530:

... I find nothing in the provisions quoted above [primarily s. 53(2) of the *Railway Act, supra*] ... to disqualify the Ontario and Quebec company's directors simply because they derived their status and sustenance from the Canadian Pacific Railway Company in the circumstances which generally prevailed between 1884 and 1973 The situation [with respect to the perpetual lease arrangement] was almost, if not demonstrably unique, and the type of double-dealing which is the cause of disqualification when proscribed by statute and discountenanced in the Courts was evidently absent.

In passing I would also note that the allegations of the appellant minority shareholders against the directors of O & Q who approved the 1973 Marathon agreement, that these directors were negligent in the performance of their duties, was dismissed by Hughes J. No appeal on this point was made by the appellants although they nonetheless continued to question the independence of the post-1973 Board as well as the earlier Board. I would agree with Hughes J.'s conclusion in dismissing this claim and would adopt the unanimous decision of the Court of Appeal at p. 467, that "[t]he record does not justify any aspersions upon the independence or good faith of these directors".

(b) *CP Acquisition of O & Q Shares*

Underlying the Marathon transaction is another issue advanced to undermine its efficacy in law, namely the right of CP to acquire shares in O & Q. Section 87 of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, prohibits railway companies from investing their assets in the shares of other railway companies:

les rendrait inéligibles, je conclurais que ni les actionnaires ni les employés de CP ne sont en *common law* ou en *equity*, des parties intéressées dans l'actif de CP, y compris les intérêts de CP dans les biens réels et autres éléments d'actif d'O & Q (voir *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.)). Par conséquent, être au service de CP ne rendait pas inéligible au conseil d'O & Q. Je ferais mienne aussi la conclusion du juge de première instance, le juge Hughes, à la p. 530:

[TRADUCTION] Je ne vois rien dans les dispositions précitées [particulièrement le par. 53(2) de la *Loi sur les chemins de fer*, précitée] [...] qui ait rendu les administrateurs de la compagnie d'Ontario et Québec inéligibles simplement parce qu'ils tenaient leur statut et leur rémunération de la compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique dans les circonstances qui ont généralement prévalu entre 1884 et 1973 [...] La situation [en ce qui concerne le bail à perpétuité] était presque, sinon absolument, unique; le genre de menées sourdes qui est cause d'inéligibilité lorsqu'il y a interdiction légale, ou rejet par les tribunaux, faisait évidemment défaut.

En passant, je ferais aussi observer que les allégations que les actionnaires minoritaires appellants font à l'encontre des administrateurs d'O & Q qui ont approuvé le contrat de 1973 avec Marathon, soit que ces administrateurs auraient fait preuve de négligence dans l'exercice de leurs fonctions, ont été rejetées par le juge Hughes. Les appelants n'ont pas interjeté appel sur ce point, quoiqu'ils mettent néanmoins toujours en cause l'indépendance du conseil postérieurement à 1973, tout comme dans le cas du premier conseil. Je souscris à la conclusion du juge Hughes qui rejette cette prétention et fais mienne la décision unanime de la Cour d'appel, à la p. 467: [TRADUCTION] «le dossier ne corrobore aucune des calomnies faites sur l'indépendance ou la bonne foi de ces administrateurs».

(b) *L'acquisition par CP d'actions d'O & Q*

Sous-tendant l'opération Marathon, surgit un autre point qu'on fait valoir pour miner son efficacité juridique, soit la contestation du droit de CP d'acquérir des actions d'O & Q. L'article 87 de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2, interdit aux compagnies de chemin de fer d'investir leurs fonds dans les actions d'autres compagnies de chemin de fer:

87. Except as otherwise provided in this Act or the Special Act, no company shall, either directly or indirectly, employ any of its funds in the purchase of its own stock, or in the acquisition of any shares, bonds or other securities, issued by any other railway company, or in the purchase or acquisition of any interest in any such stock, shares, bonds or other securities.

Section 6 of the *Act to amend the Canadian Pacific Railway Act, 1889, and for other purposes*, S.C. 1890, c. 47, specifically empowers CP to enter into a lease for the running powers of another railway and to acquire thereafter any shares, bonds or other securities of this other railway:

6. The Company may enter into working arrangements with, or may enter into a lease of or acquire running powers over or the right to work the line of any other company in Canada which has been empowered by the Parliament of Canada to make or grant the same to or with the Canadian Pacific Railway Company, and upon such terms and conditions and for such period as are, from time to time, agreed upon by the boards of directors of the respective companies: Provided however, that every such transaction shall be subject to the approval of two-thirds of the votes of the shareholders of the Company present or represented at an annual general meeting or a special general meeting duly called for the purpose; and thereafter the Company may acquire and hold shares, bonds or other securities of such other company.

CP purchased shares in O & Q long after the 1890 Act and was therefore fully authorized by Parliament to do so. I am therefore in complete agreement with Hughes J. at trial (at p. 536) and the unanimous decision of the Court of Appeal (at p. 494) that s. 6 of the 1890 Act conferred on CP the necessary power to acquire and hold shares of O & Q.

(c) *Notice of the O & Q Shareholders Meeting*

The appellant Pope argues that the notice of the O & Q shareholders meeting called to confirm the Marathon agreement was inadequate because the notice did not contain sufficient information. Together with the notice given in time and form as

87. Sauf les dispositions contraires de la présente loi ou de la loi spéciale, aucune compagnie ne peut, ni directement ni indirectement, employer quelque partie de ses fonds à l'achat de ses propres actions, non plus qu'à l'acquisition d'actions, d'obligations ou d'autres valeurs émises par une autre compagnie de chemin de fer, ni à l'achat ni à l'acquisition d'un intérêt dans ce capital, ces actions, obligations ou autres valeurs.

L'article 6 de la *l'Acte modifiant l'Acte du chemin de fer Canadien du Pacifique, 1889, et à d'autres fins*, S.C. 1890, chap. 47, autorise expressément CP à prendre à bail les droits de circulation d'un autre chemin de fer et à acquérir par la suite des actions, des obligations ou d'autres sûretés de ce chemin de fer:

6. La compagnie pourra faire des arrangements d'exploitation avec toute autre compagnie en Canada qui aura été autorisée par le parlement du Canada à les faire ou consentir à la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique, ou pourra affermer la ligne, ou acquérir des droits de circulation sur la ligne de toute telle compagnie, ou le droit de l'exploiter, et aux termes et conditions et pour l'espace de temps qui, de temps à autre, seront arrêtés entre les conseils de direction des compagnies respectives; pourvu, néanmoins, que toute transaction de ce genre soit sujette à approbation par le vote des deux tiers des actionnaires de la compagnie présents ou représentés à une assemblée générale annuelle ou une assemblée générale spécialement convoquée dans ce but; et ensuite la compagnie pourra acquérir et posséder des actions ou autres valeurs de cette autre compagnie.

CP a acheté des actions d'O & Q longtemps après l'adoption de la Loi de 1890, aussi était-elle tout à fait autorisée par le Parlement à le faire. Je suis donc entièrement d'accord avec le juge de première instance Hughes (à la p. 536) et avec l'opinion unanime de la Cour d'appel (à la p. 494) que l'art. 6 de la Loi de 1890 conférait à CP l'autorité nécessaire pour acquérir et détenir des actions d'O & Q.

c) *L'avis de convocation de l'assemblée des actionnaires d'O & Q*

L'appellant Pope soutient que l'avis de convocation de l'assemblée des actionnaires d'O & Q en vue de confirmer le contrat avec Marathon, était insuffisant, ne comportant pas assez d'information. Jointe à l'avis donné en temps voulu et en bonne et

prescribed by the Company's legislation, the shareholders received a letter from the President of O & Q and a form of proxy. The letter from Mr. Lewis, the President, set out the fact of the establishment of the independent board and a general summary of its conduct of the company affairs since its appointment. In particular, the letter revealed the engagement of the services of Mr. Jean Martineau, Q.C., and the appointment of independent appraisers together with the results of their appraisal of a value of \$8.8 million for all interests in the surplus lands subject to the Marathon agreement. The appellants take the position that in addition to this information, the stockholders should have received the actual appraisal reports on these properties which amounted to some 128 pages of material. The Court of Appeal dealt with this submission at p. 487:

With the greatest of respect we think it quite unreasonable to suggest that the notice of meeting was fatally defective unless accompanied by 128 pages of appraisal reports. The shareholders were told that independent appraisers had made a report, and that the purchase price subsequently agreed upon was "somewhat in excess" of the appraised values. In our opinion, a decision that the constitution of the meeting was *ultra vires* on the single ground stated cannot be supported on the facts of the case.

With all respect, I adopt that disposition.

The unanimous Court of Appeal (at p. 489) went on to hold that the notice of the meeting was not defective on any of the other grounds relied upon by the appellants, such as the alleged duty of CP to disclose the higher appraisal of these lands that was received by Marathon:

In these instances . . . we do not think that there was material non-disclosure, even assuming there was any duty of disclosure on C.P. No *fraudulent* omission of material facts is pleaded or argued.

With respect, I also adopt this disposition of the Court of Appeal.

(d) *Validity of Marathon Sale*

It has already been found with reference to the Lease that: (a) CP acquired the right to sell O & Q surplus lands under the Lease, (b) CP did not

due forme comme le prescrivent les statuts de la compagnie, les actionnaires ont reçu une lettre du président d'O & Q et une formule de procuration. La lettre de M. Lewis, le président, annonce la constitution d'un conseil indépendant et résume brièvement sa gestion des affaires de la compagnie depuis sa nomination. En particulier, la lettre révèle qu'on a retenu les services de M^c Jean Martineau, c.r., et nommé des évaluateurs indépendants, et elle contient le résultat de leur évaluation, 8,8 millions de dollars, comme valeur de l'ensemble des droits sur les terrains excédentaires visés par le contrat de Marathon. Les appelants ont fait valoir que, outre ces renseignements, les actionnaires auraient dû recevoir les rapports d'évaluation de ces propriétés eux-mêmes, soit quelque 128 pages de texte. La Cour d'appel a statué sur cette prétention à la p. 487:

[TRADUCTION] Avec les plus grands égards, nous estimons fort déraisonnable de prétendre que l'avis de convocation est entaché d'un vice fatal parce que les 128 pages de rapports d'évaluation n'y étaient pas jointes. Les actionnaires se sont fait dire que des évaluateurs indépendants avaient rédigé un rapport et que le prix d'achat subséquemment convenu «était quelque peu supérieur» aux valeurs attribuées par l'évaluation. À notre avis, qu'il y avait eu excès de pouvoir lors de la convocation de l'assemblée sur ce seul moyen invoqué n'est pas confirmé par les faits de l'espèce.

Avec les plus grands égards, j'adopte ce dispositif.

La Cour d'appel, à l'unanimité (à la p. 489), a jugé ensuite que l'avis de convocation n'était entaché d'aucun autre vice que les appelants ont pu faire valoir, telle cette prétendue obligation de CP de faire connaître l'évaluation plus élevée des terrains que Marathon avait obtenue:

[TRADUCTION] Dans ces cas-ci [. . .] nous ne pensons pas qu'il y ait eu de non-divulgaration importante, même en imputant une obligation de divulgation à C.P. Aucune omission *dolosive* de faits importants n'a été plaidée.

Avec égards, j'adopte aussi ce dispositif de la Cour d'appel.

d) *La validité de la vente à Marathon*

J'ai déjà conclu, concernant le Bail, a) que CP avait acquis le droit de vendre les terrains excédentaires d'O & Q en vertu du Bail, b) que CP n'avait

require the approval of the O & Q Board of Directors for any of these sales, and (c) the debenture holders charge is a floating charge and thus cannot operate to restrict this power of sale or affect the condition of the title of the land sold. It has also been found above, with reference to statutory authority, that: (a) CP may sell and cause O & Q to join in the sale of these surplus lands pursuant to the *1891 CP Act* and that the debenture holders charge does constitute an "incumbrance" under the meaning of that Act, not so as to authorize the application of the statutory power of sale but so as to make the vendor deliver title free and clear of incumbrance, (b) the approval of the O & Q Board of Directors is not required for sales under the statute, and (c) CP is required to reinvest the proceeds from any such sale, as CP has agreed to do under the Marathon agreement.

It follows, therefore, that CP clearly enjoys the power of sale over these lands and that there is no legal impediment that would prevent CP from selling these lands according to the procedure employed in the Marathon transaction. I note, however, that as CP does not require the approval of the O & Q Board of Directors in order to sell these surplus lands, either under the Lease or the *1891 CP Act*, the Marathon transaction, which had as its express purpose the securing of the approval of the O & Q Board of Directors, was not absolutely necessary in law.

In summary, the outcome of this transaction is the same whether the power to make such a sale of surplus lands arises as a matter of law in CP pursuant to the terms of the Lease, or whether that power arises in CP and O & Q acting jointly under the *1891 CP Act*, or both. Furthermore the condition of the title to the lands in Marathon will be the same if the sale is completed (a) in accordance with the Lease provisions, given that the claim of the debenture stock holders is in law a floating charge which has not, at the time of the completion of the sale, become crystallized into a specific charge on these lands, or (b) if the sale is made in compliance with s. 2 of the *1891 CP Act*. There is

pas à obtenir l'approbation du conseil d'administration d'O & Q pour aucune de ces ventes et, c) que la charge au profit des porteurs de débetures est une charge flottante et donc qu'elle ne peut avoir pour effet de limiter ce pouvoir de vente ni de grever le titre du terrain vendu. J'ai déjà également conclu, relativement à l'autorisation législative, a) que CP pouvait vendre, en obligeant O & Q à participer à la vente, ces terrains excédentaires en vertu de la *Loi de 1891 concernant CP* et que la charge au profit des porteurs de débetures constitue bien une «redevance» aux termes de cette loi, non pas afin d'autoriser l'exercice de ce pouvoir de vente conféré par la Loi, mais plutôt afin que le vendeur puisse donner un titre clair, libre de toute charge, b) que l'approbation du conseil d'administration d'O & Q n'était pas requise pour les ventes effectuées en vertu de la Loi et c) que le CP a l'obligation de réinvestir le produit de toute vente de ce genre, comme elle en a convenu dans le contrat passé avec Marathon.

Il s'ensuit donc que CP jouit manifestement du pouvoir de vendre ces terrains et qu'il n'y a aucun obstacle juridique pouvant l'empêcher de les vendre, conformément à la procédure utilisée dans l'opération Marathon. Je note néanmoins qu'étant donné que CP n'a pas à obtenir l'approbation du conseil d'administration d'O & Q pour vendre les terrains excédentaires, que ce soit en se fondant sur le Bail ou sur la *Loi de 1891 concernant CP*, l'opération Marathon, qui avait pour fin avouée d'obtenir l'approbation du conseil d'administration d'O & Q, n'était pas vraiment nécessaire en droit.

En bref, le résultat de cette opération est le même que le pouvoir de vendre ces terrains excédentaires appartienne en droit à CP, en raison des clauses du Bail, ou qu'il soit dévolu à CP et à O & Q conjointement, en vertu de la *Loi de 1891 concernant CP*, ou de l'un et de l'autre. En outre, l'état du titre sur les terrains pour Marathon sera le même si la vente est effectuée a) conformément aux stipulations du Bail, étant donné que la créance des porteurs d'actions-débetures est, en droit, une charge flottante non cristallisée à l'époque de la vente en une charge déterminée grevant les terrains ou b) conformément à l'art. 2 de la *Loi de 1891 concernant CP*. Le droit ne connaît

no form of estoppel in the law which would cause the deed of conveyance to Marathon to be less effective in law only because the grantor purported to deliver title under one power of sale and without reference to another existing power of sale in the grantor. The grant will attract the appropriate power of authority from the applicable law.

The other grounds advanced by the appellants to challenge the Marathon agreement, the lack of an independent board, CP acquisition of O & Q shares, and the alleged inadequacy of the notice of the O & Q shareholders meeting, have all been dismissed. Given that CP is entitled to sell surplus lands of O & Q even without the approval of the O & Q Board (because of the arrangements embodied in the Lease, which were duly approved by the O & Q Board, whereby CP was authorized to take such action necessary to operate the O & Q undertaking in the name of O & Q), it cannot be argued that the Marathon transaction involves any oppressive conduct or discrimination on the part of CP which might constitute a fraud upon the minority shareholders of O & Q. The Marathon agreement, which was duly executed and confirmed by the appropriate corporate authorities, is therefore binding upon all the parties and must be carried out according to its terms.

These various arguments or approaches all run aground on the proposition that an improvident contract, willingly made by parties capable in law of doing so, cannot be unwound particularly after a century of acceptance and operation by the parties, simply because the balance of the interests of the parties under the contract may be seen by one party as so altered by the passage of time as should entitle such party to rescission, termination or substantial modification.

8. Reversionary Interest of O & Q

The final issue to be addressed in this appeal is whether or not O & Q is entitled to receive compensation for the loss of its reversionary interest in the surplus lands sold by CP. As already noted, Hughes J. at trial held that CP did not have any power of sale over O & Q lands, either by

aucune forme d'interdiction qui puisse anéantir l'acte translatif de propriété à Marathon uniquement parce que le cédant prétend transmettre un titre en vertu d'un seul pouvoir de vente sans se référer à un autre pouvoir de vente qu'il possède par ailleurs. La cession attire à elle le droit ou l'autorité qui la fonde selon le droit applicable.

Les autres moyens que font valoir les appelants pour contester le contrat de Marathon, l'absence d'un conseil indépendant, l'acquisition par CP d'actions d'O & Q et l'insuffisance alléguée de l'avis de convocation de l'assemblée des actionnaires d'O & Q, ont tous été rejetés. Vu que CP est autorisée à vendre les terrains excédentaires d'O & Q, même sans l'approbation du conseil de cette dernière (étant donné les arrangements incorporés au Bail, dûment approuvés par le conseil d'O & Q, par lesquels CP est autorisée à prendre toutes les mesures nécessaires à l'exploitation de l'entreprise d'O & Q au nom de cette dernière), on ne peut soutenir que l'opération Marathon présente quelque comportement oppressif ou discriminatoire de la part de CP susceptible de constituer un dol à l'endroit des actionnaires minoritaires d'O & Q. Le contrat de Marathon, dûment signé et confirmé par les autorités compétentes des compagnies, lie donc toutes les parties et ses conditions doivent être respectées.

Tous ces arguments ou démarches divers se heurtent au fait qu'un contrat imprudemment mais volontairement conclu par des parties, considérées par la loi comme ayant la capacité de le conclure, ne saurait être défait, surtout après un siècle d'acceptation et d'exécution par les parties, simplement parce que l'une de celles-ci estime que l'équilibre des intérêts des cocontractants a été rompu avec le temps et qu'elle devrait par conséquent avoir droit à une rescision, à une résolution ou à une révision importante.

8. Le droit réversif d'O & Q

La dernière question à examiner en l'espèce est de savoir si O & Q a droit à une indemnisation pour la perte de son droit réversif sur les terrains excédentaires vendus par CP. Comme je l'ai déjà fait remarquer, le juge Hughes a conclu en première instance que ni le Bail ni la *Loi de 1891*

virtue of the Lease or the 1891 CP Act, and he therefore held CP liable as a constructive trustee for O & Q with respect to all the proceeds of the sales of surplus lands. The majority of the Court of Appeal overturned this finding of the trial judge and held that CP did possess the power to sell O & Q surplus lands by virtue of the Lease (but not by virtue of the 1891 CP Act). The Court of Appeal went on to hold CP liable to account for and pay over to O & Q only the value of its reversionary interest in the lands sold. The judges of the Court of Appeal addressed this point very briefly. Arnup J.A., at p. 503, commented that "... in the unique circumstances of this case, equity imposed fiduciary obligations on C.P. towards O. & Q. with respect to the proceeds of O. & Q.'s interest, the application of which is not specifically provided for by contract or statute". Goodman J.A. agreed at p. 518: "In my opinion, as a matter of equity, C.P. is under an obligation to pay to O. & Q. the value of its reversionary interest in such lands" Zuber J.A., who in dissent held that the Lease did not grant to CP any power of sale over O & Q lands, nonetheless limited the recovery of O & Q to the value of its reversionary interest only. Zuber J.A., at p. 522, simply stated that "the solution is more complex" than that perceived by the trial judge. The Court of Appeal therefore reduced the judgment of the trial judge who had awarded O & Q the entire value of the lands sold.

Unlike the Court of Appeal, I am not convinced that O & Q is entitled to recover anything for the sale of these surplus lands by CP. Once these sales have been found (as the Court of Appeal concluded) to have been validly made, I fail to see how the principles of equity can have any application to these facts. The appellants have not alleged any mistake, misrepresentation, duress, undue influence, or unconscionability, at least one of which is usually required in order to bring the principles of equity into play. Rather, it appears that the Court

concernant CP n'investissaient cette dernière d'un pouvoir de vendre les terrains d'O & Q; il a donc jugé CP responsable en tant que fiduciaire par interprétation d'O & Q de la totalité du produit des ventes de terrains excédentaires. La Cour d'appel à la majorité a infirmé cette décision du juge de première instance et a conclu que CP détenait en vertu du Bail (mais non en vertu de la Loi de 1891 concernant CP) le pouvoir de vendre les terrains excédentaires d'O & Q. La Cour d'appel a ajouté que CP n'avait à rendre des comptes à O & Q que relativement à la valeur du droit réversif de celle-ci sur les terrains vendus et que c'était tout ce que CP était tenue de payer. Il s'agit là d'un point que les juges de la Cour d'appel ont traité d'une manière très sommaire. Le juge Arnup, à la p. 503, a dit que [TRADUCTION] « . . . dans les circonstances uniques de la présente affaire, l'équity imposait à C.P. des obligations de fiduciaire envers O. & Q. à l'égard du produit des droits d'O. & Q., obligations dont l'application n'est expressément prévue ni par un contrat ni par un texte législatif. Le juge Goodman, à la p. 518, a abondé dans le même sens: [TRADUCTION] « À mon avis, l'équity exige que C.P. verse à O. & Q. la valeur de son droit réversif sur les terrains en cause . . . » Le juge Zuber qui, dans ses motifs de dissidence, a conclu que le Bail n'accordait à CP aucun pouvoir de vendre les terrains d'O & Q, a néanmoins limité à la seule valeur de son droit réversif la somme pouvant être recouvrée par O & Q. Le juge Zuber a affirmé simplement, à la p. 522, que [TRADUCTION] « la solution est plus complexe » que celle envisagée par le juge de première instance. La Cour d'appel a donc réduit la somme attribuée par le juge de première instance qui avait adjugé à O & Q la valeur totale des terrains vendus.

À la différence de la Cour d'appel, je ne suis pas convaincu qu'O & Q ait droit à une indemnisation en raison de la vente par CP de ces terrains excédentaires. Du moment qu'on conclut (comme l'a fait la Cour d'appel) à la validité des ventes en question, je ne vois pas comment les principes d'équity peuvent s'appliquer en l'espèce. Les appellants n'ont allégué aucune erreur, aucune déclaration inexacte, aucune contrainte, aucun abus d'influence ni aucune lésion; or au moins un de ces éléments est généralement requis pour que jouent

of Appeal granted the appellants damages for having voluntarily entered into a Lease over 100 years ago which in the eyes of some has turned into an improvident or unfortunate transaction. That the passage of time should operate so as to make this Lease progressively less attractive to what are now the minority shareholders of O & Q is not sufficient grounds in law to provide O & Q with a remedy. As I have already concluded, the entire operation of the O & Q Railway was turned over to CP under the O & Q leases. Under these three leases CP is clearly entitled to all the funds arising from the operation of the O & Q Railway providing, of course, that CP continues to honour its obligations under the Lease to pay rent by way of dividend and interest to the holders of common and debenture stock respectively. This it has done for over a century. Part of the funds arising from the operation of the O & Q Railway includes proceeds from the sale of surplus lands. Where the sale proceeds are realized under s. 2 of the 1891 CP Act, as the parties to the Marathon sale agreed to be the case, reinvestment of the sale proceeds must take place, and the reversionary interest is by statute considered to be restored and no further entitlement is provided for the holders of securities or other interests in the railway. As the statute gives no further recourse or relief to the holder of an encumbrance, it is difficult to see how equity can in principle provide a remedy for O & Q as the lessor and the holder of the reversionary interest or for its common shareholders.

A court must also be influenced by the circumstance that there was no machinery established by the parties to the Lease to permit the handling of any payment to O & Q for its reversionary interest in the proceeds of the sales of surplus lands or any other function of corporate existence. The Lease had the effect of reducing O & Q to a shell, a dormant company, which had no means by which to accept, handle, invest or distribute any of these proceeds. Furthermore, O & Q would be prevented by s. 21.3 of *The Consolidated Railway Act, 1879*,

les principes d'*equity*. Au contraire, la Cour d'appel paraît avoir accordé aux appelants des dommages-intérêts pour avoir volontairement, il y a plus de cent ans, signé un bail qui, aux yeux de certains, a été conclu sans prévoyance ou a simplement tourné mal. Le fait qu'avec le temps le Bail puisse s'avérer de moins en moins avantageux pour ceux qui sont maintenant les actionnaires minoritaires d'O & Q ne constitue pas en droit une raison suffisante de donner un redressement à O & Q. Comme je l'ai déjà dit, les baux conclus par O & Q confiaient à CP toute la charge d'exploiter le chemin de fer d'O & Q. Suivant ces trois baux, CP a manifestement droit à la totalité des fonds tirés de l'exploitation dudit chemin de fer, pourvu, bien entendu, qu'elle continue à s'acquitter de l'obligation que lui impose le Bail de payer un loyer sous la forme de dividendes et d'intérêts versés aux titulaires d'actions ordinaires et aux porteurs d'actions-dévaluées respectivement. Depuis plus d'un siècle elle a rempli cette obligation. Le produit de la vente de terrains excédentaires fait partie des fonds provenant de l'exploitation du chemin de fer d'O & Q. Lorsqu'il s'agit d'une vente faite en vertu de l'art. 2 de la *Loi de 1891 concernant CP*, et les parties à la vente à Marathon conviennent que c'est le cas, le produit de la vente doit être réinvesti et le droit réversif est alors, de par la Loi, considéré comme rétabli et les titulaires de sûretés ou d'autres droits sur le chemin de fer n'ont droit à rien d'autre. Comme la Loi n'accorde au titulaire d'une redevance aucun autre recours ou redressement, on conçoit mal que l'*equity* puisse en principe offrir un recours quelconque à O & Q en sa qualité de bailleuse et de titulaire du droit réversif ou à ses actionnaires ordinaires.

Un tribunal doit en outre tenir compte du fait que les parties au Bail n'ont établi aucun mécanisme permettant à O & Q de gérer toute somme pouvant lui être versée au titre de son droit réversif sur le produit des ventes de terrains excédentaires, ni pour lui permettre de remplir les autres fonctions d'une personne morale. Le Bail a eu pour effet de réduire O & Q à l'état d'une simple compagnie de façade dépourvue des moyens de toucher, de gérer, d'investir ou de répartir le produit des ventes en question. Qui plus est, le par.

S.C. 1879, c. 9, from paying dividends to its shareholders out of the capital of O & Q:

21. At the general meetings of the shareholders of the undertaking from time to time holden, a dividend shall be made out of the clear profits of the undertaking, unless such meetings declare otherwise:

3. No dividend shall be made whereby the capital of the company is in any degree reduced or impaired, or be paid out of such capital, nor shall any dividend be paid in respect of any share, after a day appointed for payment of any call for money in respect thereof, until such call has been paid;

This would have the effect of preventing O & Q from distributing the proceeds of the sale of surplus lands to its shareholders and thereby trap the funds in this totally collapsed corporation. The Court of Appeal did not address this question and only ordered that the reversionary interest of O & Q in the lands sold be paid to O & Q. How O & Q was to accept, manage or distribute these proceeds was not discussed by the Court.

I am also not persuaded that it is necessary to imply any term or terms into the O & Q leases that would have the effect of granting O & Q the right to recover its reversionary interest as well as the means to accept and distribute these funds. Given the broader context of this lease arrangement, which has the result of granting the entire operation of O & Q to CP, I cannot conclude that it is necessary to imply any such terms in order to give efficacy to the contract. It cannot be argued that this case is one where such a term should be implied thus permitting the law to raise "... an implication from the presumed intention of the parties with the object of giving to the transaction such efficacy as both parties must have intended that at all events it should have". (*The Moorcock* (1889), 14 P.D. 64, at p. 68). The intention of the parties in this transaction was clearly to grant to CP the entire operation of the O & Q Railway, incidental to which was the power to dispose of surplus lands. The efficacy of this Lease does not

21.3 de l'Acte *refondu des chemins de fer*, 1879, S.C. 1879, chap. 9, vient empêcher O & Q de verser à ses actionnaires des dividendes à même son capital:

^a 21. Aux assemblées générales des actionnaires de l'entreprise qui auront lieu de temps à autre, il sera déclaré un dividende des bénéfices nets de l'entreprise, à moins que ces assemblées ne décident le contraire:

^b 3. Il ne sera établi aucun dividende qui réduise ou diminue en aucune manière le capital de la compagnie, ou soit payé à même ce capital; et il ne sera pas non plus payé de dividende à raison d'aucune action, après le jour fixé pour un versement sur cette action, avant que ce versement ne soit fait:

^c Ces dispositions mettraient O & Q dans l'impossibilité de répartir parmi ses actionnaires le produit de la vente de terrains excédentaires, de sorte qu'il ^d n'y aurait aucun moyen de retirer les fonds en question de cette compagnie qui n'existe que nominale- ment. La Cour d'appel ne s'est pas penchée sur cette question, se contentant d'ordonner que la valeur du droit réversif d'O & Q sur les terrains ^e vendus soit versée à O & Q. Quant à la question de savoir comment O & Q devait faire pour toucher, gérer ou répartir ces fonds, la Cour d'appel ne l'a pas abordée.

^f Je ne suis d'ailleurs pas du tout convaincu de la nécessité d'introduire dans les baux signés par O & Q un terme ou des termes implicites qui ^g auraient pour effet de lui permettre de recouvrer la valeur de son droit réversif et de la doter des moyens de toucher et de répartir les fonds en question. Étant donné le contexte plus général de ce contrat de bail, lequel opère la cession à CP de l'ensemble de l'entreprise d'O & Q, je ne puis ^h conclure qu'il est nécessaire d'y introduire des termes implicites destinés à assurer l'efficacité du contrat. On ne saurait prétendre qu'il s'agit en l'espèce d'un cas où un tel terme implicite devrait être introduit afin qu'il soit juridiquement possible ⁱ de tirer [TRADUCTION] «...une conclusion à partir de ce qu'on présume avoir été l'intention des parties, et ce, avec l'objet de donner à l'opération l'efficacité que les deux parties ont dû vouloir en tout état de cause qu'elle ait». (*The Moorcock* (1889), 14 P.D. 64, à la p. 68). Clairement, l'intention des parties en l'espèce a été de céder à CP ^j

require that additional terms be implied with respect to the reversionary interest of O & Q in the lands sold. As already discussed, it is the undertaking of the O & Q railway which reverts, not specific items of property from time to time existing and comprising the physical equipment of the railway.

O & Q therefore by its own hand by entering into the 1884 Lease through its appropriate and authorized governing body (which Lease was duly confirmed by Parliament) wilfully and deliberately removed all the life signs from the body corporate of O & Q. That entity lies embalmed in the Lease and cannot be revived 100 years later because by the standards of hindsight it could now be said to be an improvident bargain, either permanently or transitionally so at this stage of the history of the railway. Consequently there is no basis in law or equity for diverting funds from a commercial transaction consciously and validly undertaken by the lessee, CP, into the corporate shell of O & Q. Once it has been determined that CP enjoys a power of sale under the leases, it is entirely inconsistent with this conclusion to then impose a fiduciary duty on CP to account for O & Q's reversionary interest prematurely. The Lease is still valid and in full force and effect. This conclusion is even more strongly reinforced if the primary power of sale of CP is found in s. 2 of the *1891 CP Act*. Section 2 only provides that the proceeds of sale be reinvested. There is no provision requiring CP to account for the reversionary interest of O & Q. If O & Q has received the benefit of reinvestment as required by the statute, it has received all to which it is entitled according to the statutory scheme. Although this decision rests on the conclusion that CP enjoys the power of sale under the Lease and only in the alternative that CP may also sell O & Q lands pursuant to s. 2 of the *1891 CP Act*, I think the conclusion is the same under either exercise of these powers to sell. O & Q is therefore

toute l'exploitation du chemin de fer d'O & Q, ce qui comprenait accessoirement le pouvoir de disposer des terrains excédentaires. Or, l'efficacité du Bail en cause ne tient pas à l'introduction de termes implicites supplémentaires se rapportant au droit réversif d'O & Q sur les terrains vendus. Il convient de répéter que c'est l'entreprise de chemin de fer d'O & Q qui fait l'objet du droit réversif et non pas des biens précis qui peuvent exister à un moment donné et qui composent l'équipement du chemin de fer.

En concluant le Bail de 1884 par l'intermédiaire de sa direction autorisée à cette fin (lequel Bail a été dûment ratifié par le Parlement), O & Q a donc volontairement et de propos délibéré supprimé elle-même tout signe de vie chez la personne morale qu'était O & Q. Cette entité reste en conséquence embaumée dans le Bail et ne saurait être ressuscitée cent ans plus tard simplement parce que, en rétrospective, on pourrait maintenant affirmer que ce Bail est une mauvaise affaire, soit définitivement, soit pour le moment au stade actuel de l'histoire du chemin de fer. Par conséquent, il n'y a ni en *common law* ni en *equity* aucune raison de détourner des fonds provenant d'une opération commerciale dans laquelle la preneuse, CP, s'est engagée consciemment et valablement vers la compagnie de façade O & Q. Du moment qu'on détermine que les baux confèrent à CP un pouvoir de vente, il est tout à fait incompatible avec cette conclusion de faire supporter alors à CP une obligation de fiduciaire qui la rend prématurément comptable du droit réversif d'O & Q. Le Bail reste en vigueur et garde son plein effet. Cette conclusion s'impose à plus forte raison si le pouvoir de vente dont jouit CP découle principalement de l'art. 2 de la *Loi de 1891 concernant CP*. L'article 2 prévoit simplement le réinvestissement du produit de la vente. Aucune disposition n'exige que CP rende des comptes relativement au droit réversif d'O & Q. Si cette dernière a bénéficié du réinvestissement conformément à l'exigence posée par la Loi, elle a reçu tout ce à quoi elle a droit en vertu de la législation. Bien que cette opinion repose sur la conclusion que le Bail confère à CP un pouvoir de vente et seulement à titre subsidiaire sur la conclusion que CP peut aussi vendre des terrains d'O & Q en vertu de l'art. 2 de la *Loi de*

not entitled to recover its reversionary interest in these lands.

9. Disposition of the Appeal

I would therefore dismiss the appeals and partially allow the cross-appeals of the respondent CP. Paragraph 3 of the two orders of the Court of Appeal is varied as follows:

- (a) Paragraph 3, subparagraph 2 is varied by deleting therefrom the words "corrected as hereinafter directed".
- (b) Subparagraphs 4, 5 and 6 shall be struck out.

With respect to the lands acquired for the O & Q Railway, it is consistent with my determination above, that the operations of the entire enterprise of O & Q were turned over to CP under the leases, to conclude that CP in the exercise of O & Q's franchises and powers is entitled to register these additional lands in the name of either O & Q or CP. Given that O & Q is not entitled to recover its reversionary interest in any of the lands leased by O & Q or in any of the O & Q lands acquired after the Lease on disposal as surplus lands, an order requiring CP to alter the registration of these additional lands would have little effect and no purpose. No good purpose is served in my view in putting the parties and indeed the state to the expense and difficulty of altering the registration of these additional lands. There is no practical necessity for any such relief as long as the O & Q Railway is operated by CP. The matter is at best premature. Therefore paragraph 4 of the order of the Court of Appeal requiring rectification of the internal records of CP and the registry records shall be deleted.

Because the final order of the Court of Appeal does not mention costs in that court, reference should be made to the reasons of the Court of Appeal on p. 526 where it is stated:

1891 concernant CP, j'estime que le résultat est le même dans un cas comme dans l'autre. En conséquence, O & Q n'a pas droit au recouvrement de la valeur de son droit réversif sur les terrains en cause.

9. Dispositif

Je suis donc d'avis de rejeter les pourvois et d'accueillir en partie les pourvois incidents de l'intimée CP. Le paragraphe 3 des deux ordonnances de la Cour d'appel est modifié de la manière suivante:

- a) L'alinéa 2 du paragraphe 3 est modifié par la suppression des mots [TRADUCTION] «rectifiés de la manière ordonnée ci-après».
- b) Les alinéas 4, 5 et 6 doivent être radiés.

En ce qui concerne les terrains acquis aux fins du chemin de fer d'O & Q, conformément avec ce que je viens d'exprimer, savoir que les baux ont confié à CP l'exploitation de l'ensemble de l'entreprise d'O & Q, je conclus que CP, dans l'exercice des privilèges et des pouvoirs d'O & Q, a le droit d'enregistrer ces terrains supplémentaires soit à son propre nom, soit au nom d'O & Q. Puisque cette dernière n'est pas en droit de recouvrer la valeur de son droit réversif sur les terrains qu'elle a donnés à bail et sur les terrains d'O & Q acquis après la conclusion du Bail et vendus parce qu'ils sont devenus excédentaires, une ordonnance qui obligerait CP à modifier l'enregistrement des terrains supplémentaires en cause n'aurait que peu d'effet et serait inutile. Il ne sert à rien, selon moi, de faire supporter aux parties, voire à l'État, les dépenses et les difficultés qu'entraînerait la modification de l'enregistrement de ces terrains supplémentaires. Sur le plan pratique, un tel redressement ne sera pas nécessaire tant que CP continuera d'exploiter le chemin de fer d'O & Q. Au mieux, cette question a été soulevée prématurément. Par conséquent, le paragraphe 4 de l'ordonnance de la Cour d'appel exigeant la rectification des registres internes de CP et de ceux des bureaux d'enregistrement doit être supprimé.

Comme l'ordonnance définitive de la Cour d'appel ne parle pas des dépens en cette cour-là, il convient de se reporter aux motifs de la Cour d'appel, à la p. 526, où l'on dit:

It is obvious that the defendants are entitled to the costs of the appeal and cross-appeals . . . There will be no costs to or against the intervenant.

The plaintiffs shall pay to the personal defendants their costs of the action.

Out of the broad spectrum of claims advanced by the plaintiffs at trial, they have failed in most of them, although O. & Q. will be entitled to some amount following the reference, and we have already provided for the costs of the reference. In all the circumstances we exercise our discretion by ordering that save as already provided, there be no costs of the action.

I would not disturb the exercise of discretion of the Court of Appeal as to costs at trial or in the Court of Appeal. Costs in this Court shall be to the respondents. As in the Court of Appeal, the appellants shall be jointly and severally liable to pay these costs. Eaton trustees and Joseph Pope shall each be liable for one-half of such costs. There shall be no costs of these appeals payable to or against the intervener John Turner.

Appeals dismissed and cross-appeals of the respondent Canadian Pacific Ltd. allowed in part.

Solicitors for the appellants Wotherspoon et al.: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors of the appellant Pope: Stikeman, Elliott, Toronto.

Solicitors for the respondent Canadian Pacific Ltd.: Tilley, Carson & Findlay, Toronto.

Solicitors for the respondent Marathon Realty Co.: Cassels, Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for the respondent Ontario and Quebec Railway Co.: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitors for the intervener: Miller, Thomson, Sedgewick, Lewis & Healy, Toronto; Ogilvy, Renault, Montréal.

[TRADUCTION] Il est évident que les défendeurs ont droit aux dépens résultant de l'appel et des appels incidents [. . .] Il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre l'intervenant.

a Les demandeurs payeront aux personnes physiques défenderesses les dépens que leur a occasionnés l'action.

La plupart des nombreuses réclamations faites par les demandeurs en première instance ont été rejetées, mais O. & Q. aura droit à une certaine somme à l'issue de l'audience relative au renvoi et nous nous sommes déjà prononcés sur les dépens reliés à ce renvoi. Dans les circonstances, nous exerçons notre pouvoir discrétionnaire en ordonnant que, sauf dans la mesure déjà prévue, il n'y ait pas d'adjudication de dépens.

c Je suis d'avis de ne pas toucher à la décision que la Cour d'appel, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, a prise concernant les dépens en première instance et en Cour d'appel. Les dépens en cette Cour seront adjugés aux intimés. Comme en Cour d'appel, les appelants seront conjointement et solidairement responsables du paiement des dépens. Les fiduciaires Eaton et Joseph Pope seront respectivement condamnés à la moitié desdits dépens. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre l'intervenant John Turner relativement à ces pourvois.

f *Pourvois rejetés et pourvois incidents de l'intimée Canadien Pacifique Ltée accueillis en partie.*

Procureurs des appelants Wotherspoon et autres: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'appellant Pope: Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureurs de l'intimée Canadien Pacifique Ltée: Tilley, Carson & Findlay, Toronto.

Procureurs de l'intimée Marathon Realty Co.: Cassels, Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs de l'intimée Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Procureurs de l'intervenant: Miller, Thomson, Sedgewick, Lewis & Healy, Toronto; Ogilvy, Renault, Montréal.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 1987 Vol. 1

and

Tables

6^e cahier, 1987 Vol. 1

et

Tables

Cited as [1987] 1 S.C.R. { i-lvii
1045-1272

Renvoi [1987] 1 R.C.S. { i-lvii
1045-1272

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

Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1987.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges.....	ii
Errata.....	iv
Motions.....	v
Table of Judgments.....	xvii
Table of Cases Cited.....	xxv
Statutes and Regulations Cited.....	xliiii
Authors Cited.....	li
Index.....	1257

Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)..... 1114

Civil rights — Discrimination — Employment — Systemic discrimination against an identifiable group — Human Rights Tribunal imposing employment equity program on employer — Tribunal's order setting employment goal and fixing hiring quota — Whether the Tribunal had jurisdiction to make such order — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2, 15(1), 41(2)(a).

Statutes — Interpretation — Human rights legislation — Legislation to be given a broad interpretation to fulfil its purposes — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33.

Continued on next page

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

Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1987.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xxi
Table de la jurisprudence.....	xxv
Lois et règlements cités.....	xlvii
Doctrine citée.....	li
Index.....	1265

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)..... 1114

Libertés publiques — Discrimination — Emploi — Discrimination systémique contre un groupe identifiable — Imposition par un tribunal des droits de la personne d'un programme d'équité en matière d'emploi à un employeur — Ordonnance du tribunal fixant un objectif d'emploi et des contingentements d'embauche — Le tribunal est-il compétent pour rendre une telle ordonnance? — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 2, 15(1), 41(2)a).

Législation — Interprétation — Législation sur les droits de la personne — Interprétation large de la législation pour qu'elle réalise ses objets — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada ... 1247

Courts — Appellate review — Facts — Court of Appeal interfering with findings of fact of trial judge — Documentary evidence and expert testimony — Court of Appeal rejecting expert testimony on basis of difference of view as to some of facts on which expert testimony based — Whether Court of Appeal erred.

R. v. Lapointe and Sicotte 1253

Criminal law — Evidence — Admissibility of confessions — Language comprehension and expression — Whether language comprehension related to the admissibility of a confession or to its weight.

R. v. Manninen 1233

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct lawyer — Accused's rights read by police — Accused indicating desire to remain silent and to see his lawyer — Opportunity to telephone lawyer not volunteered to accused — Questioning continued in absence of lawyer — No urgency — Conviction based on statement made in response to barbed question in absence of lawyer — Whether or not inculpatory statements obtained in a manner that infringed right to retain and instruct lawyer — Whether or not admission of inculpatory statements would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused's rights read by police — Accused indicating desire to remain silent and to see his lawyer — Opportunity to telephone lawyer not volunteered to accused — Questioning continued in absence of lawyer — No urgency — Conviction based on statement made in response to barbed question in absence of lawyer — Whether or not inculpatory statements obtained in a manner that infringed the right to retain and instruct lawyer — Whether or not admission of inculpatory statements would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Police continuing questioning notwithstanding accused's wish to remain silent and to consult lawyer — Whether or not admission of evidence obtained during that questioning bringing administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Criminal law — Right to retain and instruct lawyer — Police continuing questioning notwithstanding accused's wish to remain silent and to consult lawyer — Opportunity to telephone lawyer not volunteered to accused — Questioning continued in absence of lawyer — No urgency — Scope of right to lawyer — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. Nolan 1212

Criminal law — Scope of authority of the military police — Breathalyzers — Failure to provide breath samples — Demand made by a military policeman to a civilian outside a military base following a traffic violation on the base — Whether military policeman a "peace officer" within the meaning of s. 2(f)

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada ... 1247

Tribunaux — Contrôle en appel — Faits — Modification par la Cour d'appel des conclusions de fait du tribunal de première instance — Preuve documentaire et témoignages d'experts — Rejet par la Cour d'appel des témoignages d'experts vu l'analyse différente de certains faits sur lesquels les témoignages d'experts étaient fondés — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur?

R. c. Lapointe et Sicotte 1253

Droit criminel — Preuve — Admissibilité des confessions — Compréhension et expression orale — La compréhension de la langue est-elle reliée à l'admissibilité d'une confession ou à son poids?

R. c. Manninen 1233

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusé informé de ses droits par la police — Expression par l'accusé de la volonté de garder le silence et de consulter son avocat — La possibilité de téléphoner à un avocat n'a pas été offerte à l'accusé — Poursuite de l'interrogatoire en l'absence d'un avocat — Aucune urgence — Déclaration de culpabilité fondée sur la réponse donnée à une question piège en l'absence d'un avocat — Les déclarations incriminantes ont-elles été obtenues dans des conditions qui portent atteinte au droit à l'assistance d'un avocat? — L'utilisation des déclarations incriminantes est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité d'éléments de preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Accusé informé de ses droits par la police — Expression par l'accusé de la volonté de garder le silence et de consulter son avocat — La possibilité de téléphoner à un avocat n'a pas été offerte à l'accusé — Poursuite de l'interrogatoire en l'absence d'un avocat — Aucune urgence — Déclaration de culpabilité fondée sur la réponse donnée à une question piège en l'absence d'un avocat — Les déclarations incriminantes ont-elles été obtenues dans des conditions qui portent atteinte au droit à l'assistance d'un avocat? — L'utilisation des déclarations incriminantes est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Preuve — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Poursuite de l'interrogatoire de la police malgré la volonté exprimée par l'accusé de garder le silence et de consulter un avocat — L'utilisation des éléments de preuve obtenus au cours de cet interrogatoire a-t-elle pour effet de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Droit criminel — Droit à l'assistance d'un avocat — Poursuite de l'interrogatoire de la police malgré la volonté exprimée par l'accusé de garder le silence et de consulter un avocat — La possibilité de téléphoner à un avocat n'a pas été offerte à l'accusé — Poursuite de l'interrogatoire en l'absence d'un avocat — Aucune urgence — Portée du droit à l'assistance d'un avocat — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

of the Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2(f), 235 — National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 134 — Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, s. 22.01 — Defence Establishment Trespass Regulations, C.R.C. 1978, c. 1047, ss. 2, 3, 28(1).

R. v. Smith (Edward Dewey) 1045

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Minimum sentence for importing narcotics notwithstanding degrees of seriousness of the offence — Whether or not minimum sentence cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of Charter — If so, whether or not justifiable under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12 — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5(2).

R. v. Video World Ltd. 1255

Criminal law — Obscenity — Video cassettes — Contemporary community standards test applied.

Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.) 1148

Constitutional law — Distribution of powers — Education — Bill 30 providing for full funding of Roman Catholic secondary schools — Whether or not Bill 30 a valid exercise of power under opening words of s. 93 and s. 93(3) — Whether or not Bill 30 valid exercise of provincial power in that it returns rights constitutionally guaranteed by s. 93(1) — Constitution Act, 1867, s. 93, 93(3).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Freedom from religious discrimination — Bill 30 providing for full funding of Roman Catholic secondary schools — Whether or not Bill subject to review under the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 15, 29 — Constitution Act, 1982, s. 52.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Nolan 1212

Droit criminel — Étendue de l'autorité de la police militaire — Alcoolotests — Refus de fournir des échantillons d'haleine — Sommaton faite par un policier militaire à un civil, à l'extérieur d'une base militaire, à la suite d'une violation des règles de la circulation commise sur la base — Un policier militaire est-il un «agent de la paix» au sens de l'art. 2f) du Code criminel? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2f), 235 — Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 134 — Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes, art. 22.01 — Règlement sur la violation de la propriété de la défense, C.R.C. 1978, chap. 1047, art. 2, 3 28(1).

R. c. Smith (Edward Dewey) 1045

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Prescription d'une peine minimale pour l'importation de stupéfiants indépendamment de la gravité de l'infraction — La peine minimale est-elle cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12 — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 5(2).

R. c. Video World Ltd. 1255

Droit criminel — Obscénité — Vidéocassettes — Critère des normes sociales contemporaines appliqué.

Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.) 1148

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Éducation — Projet de loi 30 prévoyant le financement complet des écoles catholiques de niveau secondaire — Le projet de loi 30 constitue-t-il un exercice valide du pouvoir conféré par la disposition liminaire de l'art. 93 et par l'art. 93(3)? — Le projet de loi 30 constitue-t-il un exercice valide du pouvoir provincial parce qu'il rétablit des droits constitutionnels garantis par l'art. 93(1)? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93, 93(3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Protection contre la discrimination fondée sur la religion — Projet de loi 30 prévoyant le financement complet des écoles catholiques de niveau secondaire — Le projet de loi est-il assujéti à un contrôle fondé sur la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), 15, 29 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.



1987 Volume 1

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Published pursuant to Statute by

GUY Y. GOULARD, Q.C.

Registrar of the Court

Publié conformément à la Loi par

GUY Y. GOULARD, C.R.

Registraire de la Cour

Chief Law Editor

Anne Roland, LL.L.

Arrêviste en chef

Anne Roland, LL.L.

Law Editors

Archibald McDonald, M.A., LL.B.

Claude Marquis, LL.L., D.D.N.

Arrêvistest

Archibald McDonald, M.A., LL.B.

Claude Marquis, LL.L., D.D.N.

Revisor

Richard Berberi

Réviseur

Richard Berberi

Co-ordinator, Editorial Services

Gisèle Boulay

Coordonnatrice, Service de l'édition

Gisèle Boulay

Editorial Assistants

Mado Mainville-Côté

Barbara Long

Suzanne Audet

Adjointes à l'édition

Mado Mainville-Côté

Barbara Long

Suzanne Audet

Secretary

Carole Loiselle

Secrétaire

Carole Loiselle

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BRIAN DICKSON, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable JEAN BEETZ

The Honourable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

The Honourable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

The Honourable JULIEN CHOUINARD

The Honourable ANTONIO LAMER

The Honourable BERTHA WILSON

The Honourable GERALD LE DAIN

The Honourable GERARD V. LA FOREST

On the 6th day of February 1987, the Honourable Julien Chouinard, Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, died.

On the 15th day of April 1987, the Honourable Claire L'Heureux-Dubé, a Judge of the Quebec Court of Appeal, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable BRIAN DICKSON, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable JEAN BEETZ

L'honorable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

L'honorable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

L'honorable JULIEN CHOUINARD

L'honorable ANTONIO LAMER

L'honorable BERTHA WILSON

L'honorable GERALD LE DAIN

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable Julien Chouinard, juge puîné à la Cour suprême du Canada, est décédé le 6 février 1987.

Le 15 avril 1987, l'honorable Claire L'Heureux-Dubé, juge à la Cour d'appel du Québec, a été nommée juge puîné à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

- [1980] 2 S.C.R. p. 155, line 45 of the French version. Read “servis par la perpétuation” instead of “servis par la perpétration”.
- [1984] 2 S.C.R. p. 40, line e-5 of the French version. Read “[1982] 3 All E.R.” instead of “[1982] 2 All E.R.”
- [1985] 1 S.C.R. p. 346, line a-2 of the English version. Read “First Amendment, in s. 2(a) of the *Charter*” instead of “First Amendment, s. 2(a) of the *Charter*”.
- [1985] 2 S.C.R. p. 156, line g-1 of the English version. Read “It is not constitutional” instead of “Is is not constitutional”.
- [1986] 2 S.C.R. p. 238, line e-3 of the French version. Read “procédure de répartition énoncée” instead of “procédure de répartition énoncées”.
- [1986] 2 S.C.R. p. 582, line i-4 of the English version. Read “freedom of expression” instead of “freedom of information”.
- [1986] 2 S.C.R. p. 582, line i-4 of the French version. Read “la liberté d’expression” au lieu de “la liberté d’information”.
- [1986] 2 S.C.R. p. 591, line h-1 of the English version. Read “a legitimate weapon” instead of “a legislative weapon”.
- [1987] 1 S.C.R. p. 951, line e-4 of the French version. Read “jugement de la Cour prononcé oralement par” instead of “jugement de la Cour prononcée oralement par”.
- [1980] 2 R.C.S. p. 155, ligne 45 de la version française. Lire «servis par la perpétuation» au lieu de «servis par la perpétration».
- [1984] 2 R.C.S. p. 40, ligne e-5 de la version française. Lire «[1982] 3 All E.R.» au lieu de «[1982] 2 All E.R.»
- [1985] 1 R.C.S. p. 346, ligne a-2 de la version anglaise. Lire «First Amendment, in s. 2(a) of the *Charter*» au lieu de «First Amendment, s. 2(a) of the *Charter*».
- [1985] 2 R.C.S. p. 156, ligne g-1 de la version anglaise. Lire «It is not constitutional» au lieu de «Is is not constitutional».
- [1986] 2 R.C.S. p. 238, ligne e-3 de la version française. Lire «procédure de répartition énoncée» au lieu de «procédure de répartition énoncées».
- [1986] 2 R.C.S. p. 582, ligne i-4 de la version anglaise. Lire «freedom of expression» au lieu de «freedom of information».
- [1986] 2 R.C.S. p. 582, ligne i-4 de la version française. Lire «la liberté d’expression» au lieu de «la liberté d’information».
- [1986] 2 R.C.S. p. 591, ligne h-1 de la version anglaise. Lire «a legitimate weapon» au lieu de «a legislative weapon».
- [1987] 1 R.C.S. p. 951, ligne e-4 de la version française. Lire «jugement de la Cour prononcé oralement par» au lieu de «jugement de la Cour prononcée oralement par».

MOTIONS—REQUÊTES

- 31390 Saskatchewan Ltd. (formerly) Parr Trailer Services Ltd. v. Saskatchewan Government Insurance* (Sask.), 20154, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 81040 Canada Ltd. c. Pert Knitting Ltd.* (Qué.), 20376, leave to appeal refused with costs, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Aberdeen Hospital Local of the Nova Scotia Nurses Union v. Aberdeen Hospital Commission* (N.S.), 20307, notice of discontinuance filed, 4.5.87, avis de désistement produit.
- Agarski v. Agarski* (Ont.), 20238, notice of discontinuance filed, 20.2.87, avis de désistement produit.
- Alberta Mortgage and Housing Corporation v. Ciereszko* (Alta.), 20404, leave to appeal refused with costs, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Algoma Central Railway v. Ship "Cielo Bianco"* (F.C.A.)(Ont.), 20389, leave to appeal refused with costs, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Allan Singer Ltd. c. Procureur général du Québec* (Qué.), 20297, leave to appeal granted, 6.4.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Allen v. Canada Safeway Ltd.* (Man.), 20131, leave to appeal granted, 26.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Ancelet v. The Queen* (Alta.), 20092, leave to appeal refused, 26.1.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Anderson v. The Queen* (Alta.), 14994, notice of discontinuance filed, 6.1.87, avis de désistement produit.
- Annis v. Annis* (Ont.), 20132, leave to appeal refused with costs, 5.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 20172, leave to appeal refused with costs, 24.2.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Associated Investors of Canada Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 20434, leave to appeal refused with costs, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Atkinson v. The Queen* (Crim.)(Man.), 20403, leave to appeal refused, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Auditor General of Canada v. Minister of Energy, Mines and Resources* (F.C.A.)(Ont.), 20304, leave to appeal granted, 25.6.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Augustine v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 20178, leave to appeal refused, 14.5.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Barlow v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 20178, leave to appeal refused, 14.5.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Barrisoff v. Nemetz* (B.C.), 20255, leave to appeal refused with costs, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bédard c. Lavoie* (Qué.), 20242, leave to appeal refused with costs, 23.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bergeron c. Gauvin* (Qué.), 20299, leave to appeal refused with costs, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Board of Education for the City of Toronto v. Papamonolopoulos* (Ont.), 20112, leave to appeal refused with costs, 29.1.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bolduc c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20110, leave to appeal refused, 15.1.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Bonaise v. The Queen* (Sask.), 20265, leave to appeal refused, 23.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Boukalis v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (B.C.), 20358, leave to appeal refused with costs, 1.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Boulet c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20059, leave to appeal refused, 15.1.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Bourdeau v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 20193, leave to appeal refused with costs, 24.2.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bourgoin v. Roynat Ltd.* (N.B.), 20129, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boyd v. Edmison* (Alta.), 20412, leave to appeal refused with costs, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brant County Board of Education v. Lanca Contracting Ltd.* (Ont.), 20084, notice of discontinuance filed, 29.1.87, avis de désistement produit.
- Brar v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20158, leave to appeal refused, 24.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Bregman v. Attorney General of Canada* (Ont.), 20245, leave to appeal refused, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- British Columbia Teachers' Federation v. Attorney General of British Columbia* (B.C.), 20195, leave to appeal refused with costs, 5.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brito c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (C.A.F.)(Qué.), 20115, leave to appeal refused, 29.1.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Brooks v. Canada Safeway Ltd.* (Man.), 20131, leave to appeal granted, 26.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Brosseau v. Veteran Appliance Service Co.* (Alta.), 20338, leave to appeal refused with costs, 5.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Busche v. Connors* (B.C.), 20400, leave to appeal refused with costs, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Byer v. Chief Crown Prosecutor* (Qué.), 20397, leave to appeal refused, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- CHEK T.V. Ltd. v. The Queen* (B.C.), 20378, leave to appeal refused, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- C. R. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20381, leave to appeal refused, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Cameron (Jane Elizabeth) v. Stokes* (B.C.), 20239, leave to appeal refused with costs, 7.4.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cameron (Pearl H.) v. McGuire* (Ont.), 20230, leave to appeal refused with costs, 14.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Campbell v. Attorney General of Ontario* (Ont.), 20383, leave to appeal refused, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Imperial Bank of Commerce v. Simpson* (B.C.), 20398, leave to appeal refused with costs, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Indemnity Co. v. Cape Breton Cra:ie Rentals Ltd.* (N.B.), 20391, leave to appeal refused with costs, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada* (B.C.), 20040, leave to appeal refused with costs, 15.1.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Union of United Brewery, Flour Cereal, Soft Drink and Distillery Workers', Local 254 v. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.* (Nfld.), 20343, leave to appeal refused with costs, 5.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Carmanico v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20371, leave to appeal refused, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Chaddock v. School District of Mystery Lake No. 2355* (Man.), 20121, leave to appeal refused with costs, 15.1.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chasse c. The Queen* (Crim.)(Qué.), 20189, leave to appeal refused, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée.

- Chevron Canada Ltd. v. Minister of National Revenue* (F.C.A.)(B.C.), 20218, leave to appeal refused with costs, 7.4.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chicago Blower Corporation v. 141209 Canada Ltd.* (Man.), 20374, leave to appeal refused, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Church of Scientology of Toronto v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20298, leave to appeal refused with costs, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Clarke v. Clarke* (N.S.), 20151, leave to appeal granted, 25.6.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Clearview Dairy Farm Inc. v. Milk Board* (B.C.), 20392, leave to appeal refused with costs, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Compagnie d'assurance Missisquoi & Rouville c. Brouillette* (Qué.), 20126, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Compagnie d'assurance Missisquoi & Rouville c. Picard* (Qué.), 20127, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Consolidated Bathurst Packaging Ltd. v. International Woodworkers of America, Local 2-69* (Ont.), 20114, leave to appeal granted, 26.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Cormier v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20144, leave to appeal refused, 5.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Côté (Herman) c. Ferme Avicole Ste-Croix Ltée* (Qué.), 20223, leave to appeal granted, 25.6.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Côté (Roger) c. Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 20004, leave to appeal refused, 29.1.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Cyrenne v. Moar* (Man.), 20135, notice of discontinuance filed, 22.1.87, avis de désistement produit.
- Davenport v. United States of America* (B.C.), 20143, leave to appeal refused, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Davidson v. Davidson* (B.C.), 20274, leave to appeal refused with costs, 14.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Décarie c. Produits Pétroliers d'Auteuil Inc.* (Qué.), 20188, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Deep v. Pitfield, Mackay, Ross & Co.* (Ont.), 20348, leave to appeal refused with costs, 5.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- De La Penha v. The Queen in right of Newfoundland* (Nfld.), 20237, leave to appeal refused with costs, 4.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Deloli v. The Queen* (Man.), 19437, notice of discontinuance filed, 17.2.87, avis de désistement produit.
- Deschambault c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 19591, leave to appeal granted, 15.1.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Deyardin c. Thevenin* (Qué.), 20368, leave to appeal refused, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Di Palma c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20057, leave to appeal refused, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Director of Child Welfare of Prince Edward Island v. MacPhail* (P.E.I.), 20163, notice of discontinuance filed, 5.5.87, avis de désistement produit.
- Doyle c. Frederick H. Sparling* (Qué.), 20147, 20216, leave to appeal refused with costs, 14.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Doyle v. The Queen* (Nfld.), 20142, leave to appeal refused, 6.4.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Dunkin Donuts Piermart Ltée c. Tribunal du Travail* (Qué.), 20326, leave to appeal refused with costs, 4.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- F. Archibald Brokerage Ltd. v. Aronovitch & Leipsic Ltd.* (Man.), 20264, leave to appeal refused with costs, 6.4.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Fabian v. Attorney General of Ontario* (Ont.), 20167, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fajtl v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 20287, leave to appeal refused, 24.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Farrell v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20192, leave to appeal refused, 23.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Farwell v. Henry Electric Ltd.* (B.C.), 20066, leave to appeal refused with costs, 15.1.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fawler v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20102, leave to appeal refused, 23.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Feener v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), 20340, leave to appeal refused, 5.5.87, autorisation de pourvoi refusée.
- First Investors Corporation Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 20432, leave to appeal refused with costs, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fontaine c. Héritiers de Jacques Beique* (Qué.), 20325, leave to appeal refused with costs, 4.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Forge v. Mason* (N.B.), 20150, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Forsyth v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 20328, leave to appeal refused, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Foster Advertising Ltd. v. Keenberg* (Man.), 20339, leave to appeal refused with costs, 1.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fowler v. The Queen* (Man.), 19436, notice of discontinuance filed, 17.2.87, avis de désistement produit.
- Geiger v. Christie* (Alta.), 20183, leave to appeal refused with costs, 5.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gélinas c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 19916, leave to appeal refused, 15.1.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Gibson v. Bassie, Kantor & Plupek* (Alta.), 20194, leave to appeal refused with costs, 5.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Grace Maternity Hospital Local of the Nova Scotia Nurses' Union v. Board of Management of the Grace Maternity Hospital* (N.S.), 20291, leave to appeal refused with costs, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Granger c. Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 19959, leave to appeal granted, 15.1.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Gray (Lawrence) v. Corporation of the Township of Langley* (B.C.), 20295, 20302, notice of discontinuance filed, 30.4.87, avis de désistement produit.
- Gray (Robert John) v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20342, leave to appeal refused, 7.4.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Great-West Life Assurance Co. v. Schmit* (B.C.), 20370, leave to appeal refused with costs, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Greymac Trust Co. v. Ontario Securities Commission* (Ont.), 20146, leave to appeal granted, 26.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Groupe Commerce, compagnie d'assurance c. Entreprises d'électricité Triangle Inc.* (Qué.), 20253, leave to appeal refused with costs, 14.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gulf Trollers Association v. Minister of Fisheries and Oceans* (F.C.A.)(B.C.), 20236, leave to appeal refused with costs, 24.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- H. E. Food Stores Ltd. v. MacLachlan* (Ont.), 20182, leave to appeal refused, 24.2.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Habitat Ste-Foy (1982) Inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail* (Qué.), 20124, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Hails v. Toronto Dominion Bank* (Ont.), 20258, leave to appeal refused with costs, 7.4.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Haley v. The Queen* (Ont.), 19859, notice of discontinuance filed, 28.4.87, avis de désistement produit.
- Hamilton v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20139, leave to appeal refused, 9.4.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Hansford v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20352, leave to appeal refused, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Harms v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20296, leave to appeal refused, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Haven Investment Ltd. v. Harper* (B.C.), 20277, leave to appeal refused with costs, 24.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hayes v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 19980, leave to appeal granted, 26.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Hillcox v. Morrow* (B.C.), 20273, leave to appeal refused, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Hillcox-Morrow v. Workers' Compensation Board of Alberta* (Alta.), 20319, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hilltown Developments Ltd. v. Alberta Mortgage and Housing Corporation* (Alta.), 20413, leave to appeal refused with costs, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Howard v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19982, leave to appeal granted, 5.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Howes v. Accountant of the Supreme Court of Ontario* (Ont.), 20320, leave to appeal refused with costs, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ibarra-Baeza v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 20219, notice of discontinuance filed, 4.2.87, avis de désistement produit.
- Immeubles St-David Inc. c. Assurance-Vie Desjardins* (Qué.), 20225, leave to appeal refused with costs, 4.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Insurance Corporation of British Columbia v. Mandzuk* (B.C.), 20032, leave to appeal granted, 26.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- J. M. G. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20140, leave to appeal refused, 27.1.87, autorisation de pourvoi refusée.
- James v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20095, leave to appeal granted, 26.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Janzen v. Platy Enterprises Ltd.* (Man.), 20241, leave to appeal granted, 25.6.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Jarvis v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 20271, leave to appeal refused, 24.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Jolicoeur c. Lauzon* (Qué.), 20345, leave to appeal refused with costs, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Just v. The Queen* (B.C.), 20246, leave to appeal granted, 25.6.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Kapelus v. Swinton & Co.* (B.C.), 20120, leave to appeal refused, 27.1.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Kerr v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 20278, leave to appeal refused, 24.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Klimas (also known as Klimavicius) v. Klimas* (B.C.), 20157, leave to appeal refused with costs, 26.1.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Knockaert v. Commissioner of Corrections* (F.C.A.)(Man.), 20217, leave to appeal refused, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Krauss v. Major* (Ont.), 20250, leave to appeal refused with costs, 24.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kruger Inc. c. Kruger* (Qué.), 20211, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kumar v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 20390, leave to appeal refused, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Lacombe c. W. T. H. Canada* (Qué.), 20212, leave to appeal refused with costs, 23.2.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Lakeshore Shopping Plaza Ltd. c. Cadillac Construction Associates (Ontario) Ltd.* (Qué.), 19009, notice of discontinuance filed, 15.5.87, avis de désistement produit.
- Lang v. Phillips* (Ont.), 20366, notice of discontinuance filed, 22.4.87, avis de désistement produit.
- Langlois c. Procureur général du Québec* (Qué.), 20240, leave to appeal refused, 5.5.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Laporte c. Régie de l'assurance-maladie du Québec* (Qué.), 20394, leave to appeal refused with costs, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laski v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (Ont.), 20210, leave to appeal refused, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Lauder Bros. v. Vanmor Holdings Ltd.* (B.C.), 20369, leave to appeal refused with costs, 4.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laval (Ville de) c. Bell Canada* (Qué.), 20137, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laval (Ville de) c. Prévoyance, compagnie d'assurance* (Qué.), 20156, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Leblanc v. Leblanc* (N.B.), 19952, leave to appeal granted, 26.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Lebrun c. Québec-Téléphone* (Qué.), 20180, leave to appeal refused, 9.4.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Lee v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 20235, leave to appeal granted, 25.6.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Letendre v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20407, leave to appeal refused, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Lethbridge v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20222, leave to appeal refused, 14.5.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Lethbridge (City of) v. Thiessen Cattle Ltd.* (Alta.), 20316, leave to appeal refused with costs, 7.4.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Levesque v. Picard* (N.B.), 19708, notice of discontinuance filed, 7.1.87, avis de désistement produit.
- Lindsay v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 20309, leave to appeal refused, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- MacDonald v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (N.S.), 20324, leave to appeal refused with costs, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- MacKenzie v. Film Three Productions Inc.* (B.C.), 20209, leave to appeal refused with costs, 24.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Maloney c. Chaumette* (Qué.), 20399, leave to appeal refused, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Marcil c. Vaillant* (Qué.), 20185, leave to appeal refused, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Markwood Construction Ltd. v. Mortgage Insurance Co. of Canada* (B.C.), 20385, leave to appeal refused with costs, 1.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Maurice v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20233, leave to appeal refused, 4.5.87, autorisation de pourvoi refusée.
- McNabb v. Skipp* (Crim.)(B.C.), 20322, leave to appeal granted, 25.6.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Michel c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20058, leave to appeal refused, 15.1.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Milberg v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20351, leave to appeal refused, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Miller v. Energy Resources Conservation Board for Alberta* (Alta.), 20275, leave to appeal refused with costs, 6.4.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Minister of Transportation and Communications v. Partition Holdings Ltd.* (Ont.), 20179, leave to appeal refused with costs, 14.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Moncrieff v. Municipal District of Foothills # 31* (Alta.), 20149, notice of discontinuance filed, 22.1.87, avis de désistement produit.
- Morrow v. Constantini* (B.C.), 19986, leave to appeal refused, 23.2.87, autorisation de pourvoi refusée.

- Morrow v. Constantini (carrying on business under the name and style of Constantini & Co.)* (B.C.), 20173, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morrow v. Maerov* (B.C.), 20007, leave to appeal refused with costs, 26.1.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mulherin v. United Steelworkers of America, Local 7884* (B.C.), 20437, leave to appeal refused with costs, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Napraforgo Construction Ltd. v. Janin Building & Civil Works Ltd.* (Ont.), 20107, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Neale v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20020, leave to appeal refused, 15.1.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Nenka v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 19879, leave to appeal refused, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Northern Meat Packers Ltd. v. Roynat Ltd.* (N.B.), 20129, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- O. B. Canada Inc. c. Lapointe* (Qué.), 20314, leave to appeal refused with costs, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- O'Hara v. The Queen in right of British Columbia* (B.C.), 20260, leave to appeal granted, 23.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Oldfield v. The Queen* (B.C.), 20372, leave to appeal refused, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Oliva v. Strachona Steel MFG. Inc.* (Alta.), 20286, leave to appeal refused with costs, 5.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ontario Labour Relations Board v. Ombudsman of Ontario* (Ont.), 20329, leave to appeal refused with costs, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (N.B.), 20231, leave to appeal refused with costs, 23.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Oromocto Indian Band v. Sabattis* (N.B.), 20215, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ouellette v. The Queen* (B.C.), 20187, leave to appeal granted, 26.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Ozubko v. Manitoba Horse Racing Commission* (Man.), 20252, 20251, leave to appeal refused with costs, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- PAC Stainless Ltd. c. Minister of National Revenue* (C.A.F.)(Qué.), 20354, leave to appeal refused, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- PCL Construction Ltd. v. Armco Canada Ltd.* (Sask.), 20100, leave to appeal refused with costs, 23.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Paccar of Canada Ltd. (Canadian Kenworth Co. Division) v. Canadian Association of Industrial, Mechanical & Allied Workers, Local 14* (B.C.), 20174, leave to appeal granted, 26.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Paquette c. Barrette* (Qué.), 20318, leave to appeal refused with costs, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Patrick v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 20362, leave to appeal refused, 5.5.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Paul Wong Seville Hairstylist v. Shui Pong Enterprises (Canada) Ltd.* (Ont.), 20011, leave to appeal refused with costs, 29.1.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pfizer Canada Inc. v. Minister of National Health and Welfare* (F.C.A.)(Ont.), 20227, leave to appeal refused with costs, 24.2.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Piche v. Longpré* (Ont.), 20367, leave to appeal refused with costs, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Pielsticker v. Ontario Securities Commission* (Crim.)(Ont.), 20270, leave to appeal refused, 7.4.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Pilum Investments Ltd. v. Canadian Commercial Bank* (Ont.), 20321, leave to appeal refused with costs, 7.4.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pole Investments Inc. c. Frederick H. Sparling* (Qué.), 20155, leave to appeal refused with costs, 14.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Potvin c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20116, leave to appeal granted, 26.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Procureur général du Québec c. Chaussure Brown's Inc.* (Qué.), 20306, leave to appeal granted, 6.4.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Public Service Alliance of Canada v. House of Commons* (F.C.A.)(Ont.), 19927, notice of discontinuance filed, 16.1.87, avis de désistement produit.
- Public Service Alliance of Canada v. Library of Parliament* (F.C.A.)(Ont.), 19928, notice of discontinuance filed, 16.1.87, avis de désistement produit.
- Québec-Téléphone c. Lebrun* (Qué.), 20190, leave to appeal refused with costs, 9.4.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Québec-Téléphone c. Lebrun* (Qué.), 20361, leave to appeal refused with costs, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Quinte Insurance Agencies Ltd. v. Eastern Ontario Vegetable Growers Co-operative Inc.* (Ont.), 20303, leave to appeal refused with costs, 7.4.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. c. Amway Corporation* (C.A.F.)(Qué.), 20232, leave to appeal granted, 25.6.87, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Cardinal* (Crim.)(Alta.), 19479, leave to appeal refused, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Clermont* (Crim.)(Qué.), 20165, leave to appeal granted, 25.6.87, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Fowler* (Crim.)(Alta.), 20221, leave to appeal refused, 6.4.87, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Hébert* (Crim.)(Qué.), 20134, leave to appeal granted, 25.6.87, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Jackson* (Crim.)(Sask.), 20283, leave to appeal refused, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Lucas* (Ont.), 19860, notice of discontinuance filed, 30.3.87, avis de désistement produit.
- R. v. Martel* (P.E.I.), 20128, notice of discontinuance filed, 22.1.87, avis de désistement produit.
- R. v. McCullagh* (Crim.)(Ont.), 20177, leave to appeal refused, 9.4.87, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. White* (B.C.), 19630, notice of discontinuance filed, 26.3.87, avis de désistement produit.
- R. v. Whitley* (Ont.), 20416, leave to appeal refused with costs, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Z.* (Crim.)(Ont.), 20375, leave to appeal refused, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Zundel* (Crim.)(Ont.), 20310, leave to appeal refused, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- R. B. S. Developments Ltd. v. Horvat* (Ont.), 20103, leave to appeal refused with costs, 29.1.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. du chef du Canada c. Comité pour la République du Canada* (C.A.F.), 20334, leave to appeal granted, 4.5.87, autorisation de pourvoi accordée.
- R. in right of British Columbia v. British Columbia Government Employees Union* (B.C.), 20409, leave to appeal refused with costs, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. in right of Manitoba v. Clarkson Gordon Inc.* (Man.), 20152, 20153, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rabbat v. Minister of Employment & Immigration* (F.C.A.), 20315, leave to appeal refused, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée.

- Ramos v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20365, leave to appeal refused, 1.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Redman v. Workman* (B.C.), 20162, leave to appeal refused with costs, 26.1.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Régie des installations olympiques c. Sécurité compagnie d'assurances générales du Canada* (Qué.), 20224, notice of discontinuance filed, 18.3.87, avis de désistement produit.
- Régie des rentes du Québec c. J. J. Newberry Canadian Ltd.* (Qué.), 20075, leave to appeal refused with costs, 15.1.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ricard v. Attorney General of British Columbia* (B.C.), 20064, leave to appeal refused, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Robertson v. McCarron* (N.S.), 20148, leave to appeal refused, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Rogal v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20280, leave to appeal refused, 7.4.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Rogers v. Bank of Montreal* (B.C.), 20254, leave to appeal refused with costs, 4.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rompré c. Rompré* (Qué.), 20171, leave to appeal refused with costs, 23.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ross v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 16308, leave to appeal refused, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Rousseau Métal Inc. c. La Reine du chef du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 20386, leave to appeal refused with costs, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Royal Bank of Canada v. Kaburda* (Alta.), 20305, leave to appeal refused with costs, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Royal Institution for the Advancement of Learning c. Benfey* (Qué.), 20330, leave to appeal refused with costs, 4.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Royal Ottawa Hospital v. Schnurr* (Ont.), 20141, leave to appeal refused with costs, 27.1.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Roynat Ltd. v. Bourgoin* (N.B.), 20130, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Roynat Ltd. v. Northern Meat Packers Ltd.* (N.B.), 20130, leave to appeal refused with costs, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sablères Laurentiennes Ltée c. Du Cap* (Qué.), 20364, leave to appeal refused with costs, 1.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sager v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20175, leave to appeal refused, 23.2.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Saltel v. The Queen* (Crim.)(Man.), 20243, leave to appeal refused, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Samson v. The Queen* (Ont.), 17969, notice of discontinuance filed, 24.2.87, avis de désistement produit.
- Saunders v. Central Trust Co.* (N.S.), 20266, leave to appeal refused with costs, 24.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sawh v. Petrie* (N.S.), 20263, leave to appeal refused with costs, 24.3.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Schemmann v. Roeschinger* (Alta.), 20276, leave to appeal refused with costs, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Scott (Cecil) v. Wawanesa Mutual Insurance Co.* (B.C.), 20161, leave to appeal granted, 25.6.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Scott (Henry) c. Transport Guilbault Inc.* (C.A.F.)(Qué.), 20062, leave to appeal refused, 29.1.87, autorisation de pourvoi refusée.

- Sheppard c. Koeppe* (Qué.), 20259, leave to appeal refused with costs, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Simpsons-Sears Ltd. v. Lampert* (N.B.), 20293, leave to appeal refused with costs, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Singh v. Minister of Employment & Immigration* (F.C.A.), 20327, leave to appeal refused, 4.5.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Skrzewkowski v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20282, leave to appeal refused, 7.4.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Smith v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20281, leave to appeal refused, 7.4.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 20269, leave to appeal refused with costs, 9.4.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Société canadienne des Postes c. Dulude* (Qué.), 20164, leave to appeal refused with costs, 9.4.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Soden c. Trizec Corporation Ltd.* (Qué.), 20268, leave to appeal refused with costs, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sparrow v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 20311, leave to appeal granted, 1.6.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Spencer v. Spence* (Sask.), 20312, leave to appeal refused with costs, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Springer Development Corporation Ltd. v. Rogers* (B.C.), 20401, leave to appeal refused with costs, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stephens c. Commission des Affaires sociales et la Régie des rentes du Québec* (Qué.), 20213, leave to appeal refused, 26.3.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Sterne v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20067, leave to appeal granted, 26.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Stony Mountain Enterprises v. Genstar Corporation* (Man.), 20427, leave to appeal refused with costs, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Straits Transport Ltd. v. Day & Ross (Nfld.) Ltd.* (Nfld.), 20261, leave to appeal refused with costs, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sullivan v. Desrosiers* (N.B.), 20331, leave to appeal refused with costs, 1.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Swain v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19758, leave to appeal granted, 26.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Syndicat des employés de production du Québec c. Commission canadienne des droits de la personne* (C.A.F.)(Qué.), 20181, leave to appeal granted, 25.6.87, autorisation de pourvoi accordée.
- TNT Canada Inc. v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 20323, leave to appeal refused, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Thireau c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20313, leave to appeal refused, 7.4.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Thomson Newspapers Ltd. v. Director of Investigation and Research* (Ont.), 20228, leave to appeal granted, 25.6.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Thyssen Canada Ltd. v. The Queen* (F.C.A.), 20288, leave to appeal refused with costs, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tock v. St. John's Metropolitan Area Board* (Nfld.), 20267, leave to appeal granted, 25.6.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Toronto College Street Centre Ltd. v. Corporation of the City of Toronto* (Ont.), 20133, 20208, leave to appeal refused with costs, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Toth v. Immigration Appeal Board* (F.C.A.)(Ont.), 20355, leave to appeal refused, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée.

- Tucker v. Steetley Industries Ltd.* (Ont.), 20108, leave to appeal refused with costs, 15.1.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Twin Lake Gold Mines Ltd. v. Government of Manitoba* (Man.), 20435, leave to appeal refused with costs, 22.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tzimopoulos v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20093, leave to appeal refused, 29.1.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Union Insurance Society of Canton Ltd. v. Emco Ltd.* (Ont.), 20336, leave to appeal refused with costs, 4.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- University of Regina v. Cohnstaedt* (Sask.), 19816, leave to appeal granted, 26.3.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Uukw v. R. in right of British Columbia* (B.C.), 20380, leave to appeal refused, 1.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Vadenbelt v. Regional Municipality of Ottawa-Carleton* (Ont.), 20430, leave to appeal refused with costs, 23.6.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Valleyfield Construction Ltd. v. Argo Construction Ltd.* (Ont.), 20138, notice of discontinuance filed, 14.1.87, avis de désistement produit.
- Vancouver Police Board v. Carpenter* (B.C.), 20262, leave to appeal refused with costs, 14.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Veilleux (Réal) c. Commission de protection du territoire agricole du Québec* (Qué.), 19961, leave to appeal granted, 15.1.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Vignaux-Fines c. Chardon* (Qué.), 20257, leave to appeal granted, 9.4.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Wahlsten v. Barens* (Ont.), 20033, leave to appeal refused with costs, 27.1.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Walton v. Children's Aid Society of Eastern Manitoba* (Man.), 20438, leave to appeal refused, 25.6.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Wasylyshen v. Law Society of Saskatchewan* (Sask.), 20347, leave to appeal refused with costs, 5.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Widing v. Jones* (B.C.), 20279, leave to appeal refused with costs, 4.5.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wilson (Peter) v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 20169, leave to appeal refused with costs, 9.4.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Winnipeg (City of) v. Ogelski* (Man.), 20176, leave to appeal refused with costs, 23.2.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Yelic v. Town of Gimli* (Man.), 20289, leave to appeal refused with costs, 6.4.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Zuccarini Construction (Ottawa) Ltd. v. Morguard Trust Co.* (Ont.), 20166, notice of discontinuance filed, 17.2.87, avis de désistement produit.



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			
Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Co.....	1114	Century Insurance Co. of Canada, N.V. Bocimar S.A. v.	1247
Allard, United States v.....	564	Collins, R. v.....	265
Angelica-Whitewear Ltd., Bank of Nova Scotia v.....	59	Commission see "Canada" or the name of province	
Argentina v. Mellino	536	Constitution Insurance Co., Kosmopoulos v.	2
Attorney General see "Canada" or the name of province		D	
B			
Bank of Montreal, Canadian Pacific Hotels Ltd. v.....	711	Drouin, Restaurant Le Clémenceau Inc. v.....	706
Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd..	59	F	
Bronfman Trust v. Canada (M.N.R.)	32	Faulkner, R. v.	951
Bronfman Trust v. The Queen.....	32	G	
Bulmer, R. v.	782	Gould, R. v.	499
C			
Canada (Canadian Human Rights Commission), Canadian National Railway v.	1114	H	
Canada (M.N.R.), Bronfman Trust v.	32	Hamill, R. v.....	301
Canada, PSAC v.....	424	<i>Har Rai</i> (The), Marlex Petroleum Inc. v.....	57
Canada (Restrictive Trade Practices Commission), Irvine v.	181	Healey, Quebec (Attorney General) v.....	158
Canada v. Schmidt	500	I	
Canadian Human Rights Commission v. Canadian National Railway Co.....	1114	Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)	181
Canadian National Railway Co., Action Travail des Femmes, v.	1114	K	
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	1114	Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.	2
Canadian National Railway Co., Canadian Human Rights Commission v.....	1114		
Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal	711		
Canadian Pacific Ltd., Wotherspoon v.....	952		
Caron v. Caron.....	892		

	PAGE		PAGE
L		Quebec (Office de la construction) v. Larochelle ...	241
Labrosse, R. v.	310	Queen see "R."	
Lacroix, R. v.	244		
Lapointe and Sicotte, R. v.	1253		
Larochelle, Quebec (Office de la construction) v. ...	241		
Laybourn, R. v.	782		
Limoges, R. v.	497		
M			
Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.	110		
Manninen, R. v.	1233		
Marlex Petroleum Inc. v. <i>Har Rai</i> (The)	57		
Mellino, Argentina v.	536		
Metropolitan Stores Ltd., Manitoba (Attorney General) v.	110		
Minister see "Canada" or the name of province			
N			
N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada	1247		
Nolan, R. v.	1212		
O			
Office see "Canada" or the name of province			
Ontario (Minister of Transportation and Com- munications), St. Pierre v.	906		
P			
Pelech v. Pelech.	801		
Pohoretsky, R. v.	945		
PSAC v. Canada	424		
Q			
Quebec (Attorney General) v. Healey	158		
		R	
		R., Bronfman Trust v.	32
		R. v. Bulmer	782
		R. v. Collins	265
		R. v. Faulkner	951
		R. v. Gould	499
		R. v. Hamill	301
		R. v. Labrosse	310
		R. v. Lacroix	244
		R. v. Lapointe and Sicotte	1253
		R. v. Laybourn	782
		R. v. Limoges	497
		R. v. Manninen	1233
		R. v. Nolan	1212
		R. v. Pohoretsky	945
		R. v. Rahey	588
		R. v. Robertson	918
		R. v. Sieben	295
		R. v. Smith (Edward Dewey)	1045
		R. v. Thatcher	652
		R. v. Vermette	577
		R. v. Video World Ltd.	1255
		R. v. Wigman	246
		Rahey, R. v.	588
		Reference Re Bill 30, An Act to amend the Edu- cation Act (Ont.)	1148
		Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	313
		Restaurant Le Clémenceau Inc. v. Drouin	706
		Richardson v. Richardson	857
		Robertson, R. v.	918
		RWDSU v. Saskatchewan	460
		S	
		Saskatchewan, RWDSU v.	460
		Schmidt, Canada v.	500
		Sieben, R. v.	295
		Smith (Edward Dewey), R. v.	1045
		St. Pierre v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)	906

TABLE OF JUDGMENTS

xix

	PAGE		PAGE
T		V	
Thatcher, R. v.	652	Vermette, R. v.	577
The Queen see "R."		Video World Ltd., R. v.	1255
U		W	
Union under abbreviated name		Wigman, R. v.	246
United States v. Allard.....	564	Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.....	952



TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique «Répertorié» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A			
Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.....	1114	Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada	1114
AFPC c. Canada.....	424	Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Action Travail des Femmes c.	1114
Allard, États-Unis c.....	564	Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne).....	1114
Angelica-Whitewear Ltd., Banque de Nouvelle-Écosse c.....	59	Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Commission canadienne des droits de la personne c.....	1114
Argentine c. Mellino.....	536	Constitution Insurance Co., Kosmopoulos c.	2
B			
Banque de Montréal, Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c.	711	D	
Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.	59	Drouin, Restaurant Le Clémenceau Inc. c.....	706
Bronfman Trust c. Canada (M.R.N.)	32	E	
Bronfman Trust c. La Reine.....	32	États-Unis c. Allard.....	564
Bulmer, R. c.	782	F	
C			
Canada, AFPC c.....	424	Faulkner, R. c.	951
Canada (Commission canadienne des droits de la personne), Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, c.	1114	G	
Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce), Irvine c.....	181	Gould, R. c.	499
Canada (M.R.N.), Bronfman Trust c.	32	H	
Canada c. Schmidt	500	Hamill, R. c.....	301
Canadien Pacifique Ltée, Wotherspoon c.	952	Har Rai (Le), Marlex Petroleum Inc. c.....	57
Caron c. Caron.....	892	Healey, Québec (Procureur général) c.	158
Century Insurance Co. of Canada, N.V. Bocimar S.A. c.	1247		
Collins, R. c.	265		
Commission voir «Canada» ou nom de la province			

	PAGE		PAGE
I		P	
Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	181	Pelech c. Pelech.....	801
		Pohoretsky, R. c.....	945
		Procureur général voir «Canada» ou nom de la province	
K			
Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.	2	Q	
		Québec (Office de la construction) c. Larochelle ...	241
		Québec (Procureur général) c. Healey	158
L			
La Reine voir «R.»		R	
Labrosse, R. c.....	310	Reine voir «R.»	
Lacroix, R. c.....	244	R., Bronfman Trust c.	32
Lapointe et Sicotte, R. c.....	1253	R. c. Bulmer	782
Larochelle, Québec (Office de la construction) c. ...	241	R. c. Collins.....	265
Laybourn, R. c.....	782	R. c. Faulkner	951
Limoges, R. c.....	497	R. c. Gould	499
		R. c. Hamill.....	301
M		R. c. Labrosse.....	310
Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.....	110	R. c. Lacroix.....	244
Manninen, R. c.	1233	R. c. Lapointe et Sicotte.....	1253
Marlex Petroleum Inc. c. <i>Har Rai</i> (Le)	57	R. c. Laybourn	782
Mellino, Argentine c.....	536	R. c. Limoges	497
Metropolitan Stores Ltd., Manitoba (Procureur général) c.....	110	R. c. Manninen	1233
Ministre voir «Canada» ou nom de la province		R. c. Nolan	1212
		R. c. Pohoretsky.....	945
N		R. c. Rahey.....	588
N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada.....	1247	R. c. Robertson	918
Nolan, R. c.	1212	R. c. Sieben	295
		R. c. Smith (Edward Dewey)	1045
O		R. c. Thatcher	652
Office voir «Canada» ou nom de la province		R. c. Vermette.....	577
Ontario (Ministre des Transports et Communications), St. Pierre c.	906	R. c. Video World Ltd.....	1255
		R. c. Wigman	246
		Rahey, R. c.....	588
		Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.).....	313
		Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.).....	1148
		Restaurant Le Clémenceau Inc. c. Drouin.....	706
		Richardson c. Richardson	857
		Robertson, R. c.	918

	PAGE		PAGE
S		V	
Saskatchewan, SDGMR c.	460	Vermette, R. c.	577
Schmidt (Edward Dewey), Canada c.	500	Video World Ltd., R. c.	1255
SDGMR c. Saskatchewan	460		
Sieben, R. c.	295		
Smith (Edward Dewey) R. c.	1045		
Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Ban- que de Montréal	711		
St. Pierre c. Ontario (Ministre des Transports et Communications)	906		
Syndicat sous nom abrégé			
T		W	
Thatcher, R. c.	652	Wigman, R. c.	246
		Wotherspoon c. Canadien Pacifique Ltée	952



TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
Abbate v. United States	359 U.S. 187 (1959)	529
Abel and Advisory Review Board, Re.....	(1980), 119 D.L.R. (3d) 101	221
Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith	[1933] S.C.R. 47.....	167
Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman.....	[1985] 1 S.C.R. 2.....	128
AFPC c. Canada	[1987] 1 R.C.S. 424	487
Agricultural Savings and Loan Association v. Federal Bank	(1881), 6 O.A.R. 192.....	737
Alberta Union of Provincial Employees and the Crown in Right of Alberta, Re	(1980), 120 D.L.R. (3d) 590	351
Alberta Union of Provincial Employees v. The Crown in Right of Alberta, P.S.E.R.B., November 12, 1982, November 24, 1982 ..	Unreported/Inédit	383
Alliance de la Fonction publique du Canada c. La Reine	[1984] 2 C.F. 562	400
Altun v. Germany	(1983), 5 E.H.R.R. 611	522
American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.	[1975] 1 All E.R. 504	127
American Indemnity Co. v. Southern Missionary College	260 S.W.2d 269 (1953)	9
Anns v. Merton London Borough Council.....	[1978] A.C. 728	771
Anonymous No. 6 v. Baker	360 U.S. 287 (1959)	223
Anti-Inflation Act, Re	[1976] 2 S.C.R. 373	440, 487
Archer v. Society of the Sacred Heart of Jesus.....	(1905), 9 O.L.R. 474	899
Ares v. Venner.....	[1970] S.C.R. 608	491
Argentina v. Mellino.....	[1987] 1 S.C.R. 536	570, 575
Armstrong Commercial Investigators of Canada Ltd. and Turner, Re	(1975), 9 O.R. (2d) 284	207
Armstrong c. État du Wisconsin	[1972] C.F. 1228.....	552
Armstrong v. State of Wisconsin.....	[1972] F.C. 1228.....	552
Arnold v. Cheque Bank (1876).....	1 C.P.D. 578	737
Arrow Transfer Co. c. Banque Royale du Canada	[1972] R.C.S. 845	722
Arrow Transfer Co. v. Royal Bank of Canada.....	[1972] S.C.R. 845.....	722
Arton, Re.....	[1896] 1 Q.B. 108	526
Ashby v. White.....	(1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126	818
Aspen Planners Ltd. v. Commerce Masonry & Forming Ltd.	(1979), 100 D.L.R. (3d) 546	80
Associated Portland Cement Manufacturers (1910), Ltd. v. Ashton ..	[1915] 2 K.B. 1	12
Atkinson v. United States of America Government	[1971] A.C. 197	517
Attaié c. Ministre du Revenu national.....	85 D.T.C. 613	47

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Attaie v. Minister of National Revenue.....	85 D.T.C. 613.....	47
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada	[1947] A.C. 503	451
Attorney General of Canada v. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.....	[1985] 1 F.C. 791	139
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 S.C.R. 735	220
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia.....	[1982] 2 S.C.R. 307	126
Attorney-General of Hong Kong v. Kwok-A-Sing	(1873), L.R. 5 P.C. 179.....	552
Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada.....	[1979] 1 S.C.R. 218	1225
Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board	[1984] 2 S.C.R. 575	137, 1195
Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards.....	[1984] 2 S.C.R. 66.....	133
Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.....	[1974] A.C. 273	492
Auld v. Minister of National Revenue.....	62 D.T.C. 27	46
B		
B. and G. Construction Co. v. Bank of Montreal.....	[1954] 2 D.L.R. 753	756
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486.....	122, 1060, 1110
B.P. Australia Ltd. v. Commissioner of Taxation of Australia	[1966] A.C. 224	52
Bad Boy Appliances and Furniture Ltd. v. Toronto-Dominion Bank	(1972), 25 D.L.R. (3d) 257	756
Baird v. State Bar of Arizona	401 U.S. 1 (1971)	345
Bank of America Nat. Trust & Savings Ass'n v. Liberty Nat. Bank & Trust Co. of Oklahoma City	116 F. Supp. 233 (1953).....	95
Bank of England v. Vagliano	[1891] A.C. 107.....	739, 780
Bank of Ireland v. Evans' Trustees.....	(1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 950.....	736, 779
Bank of Montreal v. Attorney General (Que.).....	[1979] 1 S.C.R. 565	726
Bank of Montreal v. Recknagel.....	109 N.Y. 482 (1888)	100
Bank of Montreal v. The King.....	(1907), 38 S.C.R. 258	724
Banque de l'Indochine et de Suez S.A. v. J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd.....	[1982] 2 Lloyd's Rep. 476.....	99
Banque de Montréal c. Procureur général (Qué.)	[1979] 1 R.C.S. 565	726
Banque Provinciale du Canada v. Syndicat des Camionneurs Arti- sans du Québec Métropolitain	[1970] C.A. 425, (1969), 11 D.L.R. (3d) 610.....	756
Barker v. Wingo.....	407 U.S. 514 (1972).....	602, 628
Barnard v. Barnard.....	(1982), 30 R.F.L. (2d) 337	901
Barnes v. City of London Real Property Co.....	[1918] 2 Ch. 18	237
Barrett v. Barrett	(1985), 43 R.F.L. (2d) 405	843, 871, 888
Bartkus v. Illinois.....	359 U.S. 121 (1959)	508
Basch v. Bank of America.....	22 C.2d 316 (1943).....	732
Batary v. Attorney General for Saskatchewan.....	[1965] S.C.R. 465.....	234
Bates v. Lord Hailsham.....	[1972] 1 W.L.R. 1373	218
Battle Creek Toasted Corn Flake Co. v. Kellogg Toasted Corn Flake Co.....	(1923), 55 O.L.R. 127	127
Baumgartner Estate v. Ripplinger.....	(1984), 34 Sask. R. 181	823
Beardman v. Wilson.....	(1868), L.R. 4 C.P. 57.....	1016
Bell v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 471	1055

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Belliveau v. The Queen.....	[1984] 2 F.C. 384, 13 C.C.C. (3d) 138	1068
Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.....	[1985] 2 R.C.S. 561	1135
Bhinder v. Canadian National Railway Co.....	[1985] 2 S.C.R. 561	1135
Binns v. Binns.....	(1985), 45 R.F.L. (2d) 369	847
Black v. Law Society of Alberta.....	[1986] 3 W.W.R. 590..... 125, 344, 401	401
Blascheck v. Bussell.....	(1916), 33 T.L.R. 51.....	18
Board of Education v. Rice.....	[1911] A.C. 179.....	213
Boeckh v. Gowganda-Queen Mines, Ltd.....	(1912), 6 D.L.R. 292.....	127
Boehler and College of Nurses of Ontario, Re.....	(1982), 133 D.L.R. (3d) 642	222
Bradley v. Bradley.....	(1909), 19 O.L.R. 525.....	899
Bregzis v. University of Toronto.....	(1986), 9 C.C.E.L. 282.....	144
Brophy v. Attorney-General of Manitoba.....	[1895] A.C. 202.....	1169
Brownridge v. The Queen.....	[1972] S.C.R. 926.....	1241
Burley, Re.....	(1865), 1 C.L.J. 34.....	516
Bushnell v. Secretary of State for the Environment.....	[1980] 2 All E.R. 608.....	222

C

C.D.N. Research & Developments Ltd. v. Bank of Nova Scotia.....	(1980), 18 C.P.C. 62.....	81
Camp v. Corn Exchange Nat. Bank.....	132 A. 189 (1926).....	101
Campbell Motors Ltd. v. Gordon.....	(1946), 4 D.L.R. 36.....	140
Canada v. Schmidt.....	[1987] 1 S.C.R. 500..... 546, 559, 561, 571, 574, 575	575
Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1957] R.C.S. 717.....	45
Canadian Air Line Pilots' Ass'n and Eastern Provincial Airways Ltd.....	(1983), 5 CLRBR (NS) 368.....	411
Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada.....	[1962] S.C.R. 72.....	207
Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission.....	[1979] 2 S.C.R. 618	582
Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 662	258
Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission.....	[1985] 3 W.W.R. 717.....	1137
Canadian Pacific Railway Co. v. Albin.....	(1919), 59 S.C.R. 151	910
Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri.....	[1962] S.C.R. 609	370, 411
Canadian Pioneer Petroleums Inc. v. Federal Deposit Insurance Corp.....	(1984), 30 Sask. R. 315.....	81
Carmichael v. Carmichael.....	(1976), 27 R.F.L. 325.....	815
Carmona v. Ward.....	576 F.2d 405 (1978).....	1090
Carnochan v. Carnochan.....	[1955] S.C.R. 669.....	825
Caron v. Caron.....	[1987] 1 S.C.R. 892.....	825
Carter v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 981	560
Cartlidge and Cartlidge, Re.....	[1973] 3 O.R. 801.....	869
Cayne v. Global Natural Resources plc.....	[1984] 1 All E.R. 225.....	132
Central Trust Co. v. Rafuse.....	[1986] 2 S.C.R. 147.....	713, 778
Chesapeake and Ohio Railway Co. v. Ball.....	[1953] O.R. 843.....	127
Children's Aid Society of the County of York, Re.....	[1934] O.W.N. 418	229
Chisholm v. Jamieson.....	[1974] 6 W.W.R. 169.....	216
Chow Bew v. The Queen.....	[1956] S.C.R. 124.....	690
Chung and Amalgamated Clothing and Textile Workers' Union, Re.....	(1986), 54 O.R. (2d) 650.....	342

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
City of Windsor and Larson (Re)	(1980), 29 O.R. (2d) 669	908
City of Winnipeg v. Barrett	[1892] A.C. 445	1170
Clark v. Raynor	(1922), 65 D.L.R. 425	1021
Clark v. Scottish Imperial Insurance Co.	(1879), 4 S.C.R. 192	21
Clarkson v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 383	284, 1243
Cochrane Estate v. Minister of National Revenue	76 D.T.C. 1154	53
Cochrane (Succession) c. Ministre du Revenu national	76 D.T.C. 1154	53
Coker v. Georgia	433 U.S. 584 (1977)	1090, 1093
Collins v. Collins	(1978), 2 R.F.L. (2d) 385	810, 870
Collins (No. 3), Re	(1905), 10 C.C.C. 80	518
Collymore v. Attorney-General	[1970] A.C. 538	336, 399
Colpitts v. The Queen	[1965] S.C.R. 739	944
Columbia Graphophone Co. v. Union Bank of Canada	(1916), 38 O.L.R. 326	724
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	1136
Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez	[1975] 1 S.C.R. 228	515, 546
Connelly v. Connelly	(1974), 47 D.L.R. (3d) 535	828
Cour Eur. D.H., arrêt Wemhoff	Jugement du 27 juin 1968, Série A n° 7	633
Goodman v. Rompkey	[1982] 1 S.C.R. 589	709
Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. v. Veitch	[1942] 1 All E.R. 142	370
Csada v. Csada	(1984), 35 Sask. R. 301	823
Cutten v. Minister of National Revenue	56 D.T.C. 454	50
Czubak c. La Reine	R.J.P.Q., 86-180	262

D

Daciuk v. Manitoba Labour Board	Unreported/Inédit	127
Dal Santo v. Dal Santo	(1975), 21 R.F.L. 117	811, 869
Davis O'Brien Lumber Co. v. Bank of Montreal	[1951] 3 D.L.R. 536	95
Day c. Ministre du Revenu national	84 D.T.C. 1184	50
Day v. Minister of National Revenue	84 D.T.C. 1184	50
Demers v. Montreal Steam Laundry Co.	(1897), 27 S.C.R. 537	1250
D'Errico v. D'Errico	[1980] C.A. 27	885
Desjardins v. Bouchard	(1976), 71 D.L.R. (3d) 491	216
Devaynes v. Noble (generally referred to as Clayton's Case)	(1816), 1 Mer. 529, 35 E.R. 767	728
Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal	[1978] 1 R.C.S. 152	1225
Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail	[1978] 1 S.C.R. 152	1225
Dickey v. Florida	398 U.S. 30 (1970)	606, 632
Discount Records Ltd. v. Barclays Bank Ltd.	[1975] 1 All E.R. 1071	78
Doe d. Robertson v. Gardiner	(1852), 12 C.B. 319	998
Doepel v. Doepel	(1983), 36 R.F.L. (2d) 316	871, 888
Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580	(1984), 10 D.L.R. (4th) 198	339, 399, 474
Dorman c. Ministre du Revenu national	77 D.T.C. 251	50
Dorman v. Minister of National Revenue	77 D.T.C. 251	50
Dorval v. Bouvier	[1968] S.C.R. 288	1250
Dowhopoluk v. Martin	(1971), 23 D.L.R. (3d) 42	1062
Droit de la famille — 182	[1985] C.A. 92	822

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Droit de la famille—193	[1985] C.A. 252	878
Droit de la famille—221	[1985] C.A. 394	878
Duncan v. Louisiana	391 U.S. 145 (1968)	607
Dwelle v. Dwelle	(1982), 31 R.F.L. (2d) 113	822
Dynamics Corp. of America v. Citizens & Southern National Bank	356 F. Supp. 991 (1973)	76

E

Eccles v. Bourque	[1975] 2 S.C.R. 739	274
Ecrement v. Séguin	(1921), 39 C.C.C. 113	512
Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd.	[1978] 1 All E.R. 976	78
Eelkema c. Ministre du Revenu national	83 D.T.C. 253	50
Eelkema v. Minister of National Revenue	83 D.T.C. 253	50
English, Scottish and Australian Bank Ltd. v. Bank of South Africa	(1922), 13 Ll. L. Rep. 21	94
Equitable Trust Co. of New York v. Dawson Partners, Ltd.	(1926), 27 Ll. L. Rep. 49	94
Esso Petroleum Co. v. Marden	[1976] Q.B. 801	771
Etablissement Esefka International Anstalt v. Central Bank of Nigeria	[1979] 1 Lloyd's Rep. 445	83
États-Unis c. Allard	[1987] 1 R.C.S. 564	560, 562
Eur. Court H.R., Wemhoff case	Judgment of 27 June 1968, Series A No. 7	633
European Asian Bank A.G. v. Punjab and Sind Bank	[1983] 1 Lloyd's Rep. 611	78
Evans v. Evans	(1853), 22 L.J. Ch. 785	1021
Ewing v. Dominion Bank	[1904] A.C. 806	724
Ex parte Kleinys	[1965] 3 C.C.C. 102	1062
Ex parte Matticks	(1973), 15 C.C.C. (2d) 213	438, 1062

F

F.C.C. v. Schreiber	329 F.2d 517 (1964)	228
F. H. Jones Tobacco Sales Co.	[1973] F.C. 825, C.T.C. 784	52
Faber v. The Queen	[1976] 2 S.C.R. 9	234
Fabian v. Fabian	(1983), 34 R.F.L. (2d) 313	843, 885
Farquar v. Farquar	(1983), 1 D.L.R. (4th) 244	812, 865, 880
Federal Republic of Germany and Rauca, Re	(1983), 145 D.L.R. (3d) 638	125, 509, 533, 555
First Arlington National Bank v. Stathis	413 N.E.2d 1288 (1980)	75
Foli v. Devonshire Club	(1887), 3 T.L.R. 706	916
Foreign Venture Ltd. Partnership v. Chemical Bank	399 N.Y.S.2d 114 (1977)	76
Fraternité inter-provinciale des ouvriers en électricité c. Office de la construction du Québec	[1983] C.A. 7, 148 D.L.R. (3d) 626	222
Freeman v. Cooke	(1848), 2 Ex. 654, 154 E.R. 652	728
Fried v. Minister of Transportation and Communications	(1972), 3 L.C.R. 262	911
Fung Kai Sun v. Chan Fui Hing	[1951] A.C. 489	753
Furman v. Georgia	408 U.S. 238 (1972)	1076, 1092

G

Gallina v. Fraser	177 F. Supp. 856 (D. Conn. 1959)	525
-------------------------	--	-----

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Galloway v. City of London	(1866), L.R. 1 H.L. 34	1191
Gandy v. Gandy	(1882), 7 P.D. 168	836
Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board	[1983] 2 All E.R. 770	156
Garneau Marine Co. c. Ministre du Revenu national	82 D.T.C. 1171	50
Garneau Marine Co. v. Minister of National Revenue	82 D.T.C. 1171	50
Gaynor and Greene v. United States of America	(1905), 36 S.C.R. 247	512
Gazdeczka v. Gazdeczka	(1982), 30 R.F.L. (2d) 428	819
Genuine Parts Co. v. F.T.C.	445 F.2d 1382 (1971)	223
Georator Corp. v. Equal Employment Opportunity Commission	592 F.2d 765 (1979)	223
Gerson, In re	[1946] S.C.R. 538	586
Gian Singh & Co. v. Banque de l'Indochine	[1974] 2 All E.R. 754	95
Gittens, In re	[1983] 1 F.C. 152, 68 C.C.C. (2d) 438	1069, 1088
Glassell Development Co. v. Citizens' National Bank of Los Angeles	191 Cal. 375 (1923)	731
Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada, Re	(1984), 10 C.C.C. (3d) 97	554
Godson v. City of Toronto	(1890), 18 S.C.R. 36	212
Goldhar v. The Queen	[1960] S.C.R. 60	546
Goldstein v. Goldstein	(1976), 23 R.F.L. 206	810
Gooding v. Wilson	405 U.S. 518 (1971)	1085
Gould c. Procureur général du Canada	[1984] 2 R.C.S. 12	131
Gould v. Attorney General of Canada	[1984] 2 S.C.R. 124	131
Groban, In re	352 U.S. 330 (1957)	223
Greaves & Co. (Contractors) Ltd. v. Baynham Meikle and Partners	[1975] 3 All E.R. 99	764
Greenwood v. Martins Bank, Ltd.	[1933] A.C. 51	723
Gregg v. Georgia	428 U.S. 153 (1976)	1093
Guarantee Co. of North America v. Aqua-Land Exploration Ltd.	[1966] S.C.R. 133	9
Guaranty Trust of New York v. Van den Berghs, Ltd.	(1925), 22 Ll. L. Rep. 447	101
Guay v. Lafleur	[1965] S.C.R. 12	214
Guberman v. Guberman	[1977] 2 W.W.R. 1	816
H		
Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton	[1982] 1 All E.R. 1042	154
Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association	Unreported/Inédit	127
Halifax Police Officers and NCO's Association v. City of Halifax	(1984), 11 C.R.R. 358	340, 400
Hallberg v. C.N.R.	(1955), 16 W.W.R. 538	823
Hallstroms Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation	(1946), 8 A.T.D. 190	52
Hannah v. Larche	363 U.S. 420 (1959)	223
Hansford v. Hansford	[1973] 1 O.R. 116	869
Hansson v. Hamel & Horley, Ltd.	[1922] 2 A.C. 36	105
Harrington v. Harrington	(1981), 33 O.R. (2d) 150	814, 875
Harsha (No. 2), Re	(1906), 11 C.C.C. 62	552
Harvela Investments Ltd. v. Royal Trust Co. of Canada (CI) Ltd.	[1985] 1 All E.R. 261	767
Healy v. James	408 U.S. 169 (1972)	345
Hébert v. Procureur général de la Province de Québec	[1966] B.R. 197, [1967] 2 C.C.C. 111	584
Henderson v. Canadian Imperial Bank of Commerce	(1982), 40 B.C.L.R. 318	81

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Hicks v. Downing	(1696), 1 Ld. Raym. 99, 91 E.R. 962	1016
Hill v. The Queen	[1977] 1 S.C.R. 827	546
Hobbs v. State	32 N.E. 1019 (1893)	1086
Holland Colombo Trading Society, Ltd. v. Segu Mohamed Khaja Alawdeen	[1954] 2 Lloyd's Rep. 45	105
Holmann c. Ministre du Revenu national	79 D.T.C. 594	50
Holmann v. Minister of National Revenue	79 D.T.C. 594	50
Holmes v. Laird	459 F.2d 1211	524
Home Oil Distributors Ltd. v. Attorney-General of British Columbia	[1940] S.C.R. 444	148
Huber c. Ministre du Revenu national	79 D.T.C. 936	50
Huber v. Minister of National Revenue	79 D.T.C. 936	50
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145 ... 124, 277, 394, 439, 1079	774
Hutton v. Warren	(1836), 1 M. & W. 446, 150 E.R. 517	774
Hyman v. Hyman	[1929] A.C. 601	827, 875
I		
Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of the Town- ship of Vespra	[1981] 2 S.C.R. 145	220
Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Ves- pra	[1981] 2 R.C.S. 145	220
Insull, Re	[1933] 3 D.L.R. 709	555
Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink	[1982] 2 S.C.R. 145	1135
Interior Breweries Ltd. v. Minister of National Revenue	55 D.T.C. 1090	49
International Union, U.A.W.A. v. Wisconsin Employment Rela- tions Board	336 U.S. 245 (1949)	346
Intraworld Industries, Inc. v. Girard Trust Bank	336 A.2d 316 (1975)	75
Itek Corp. v. First National Bank of Boston	511 F. Supp. 1341 (1981)	77
J		
J. H. Rayner & Co. v. Hambro's Bank, Ltd.	[1943] K.B. 37	95
Jarvis v. Jarvis	(1984), 45 R.F.L. (2d) 223	890
Jenkins v. McKeithen	395 U.S. 411 (1969)	223
Jhirad v. Ferrandina	536 F.2d 478 (1976)	547, 573
Joachimson v. Swiss Bank Corp.	[1921] 3 K.B. 110	776
Jones v. S.E.C.	298 U.S. 1 (1936)	222
Jordanov c. Ministre du Revenu national	86 D.T.C. 1136	50
Jordanov v. Minister of National Revenue	86 D.T.C. 1136	50
Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol	[1978] 1 S.C.R. 491	1250
Joyce v. Joyce	(1984), 47 O.R. (2d) 609	865, 880
Joyce v. Yeomans	[1981] 2 All E.R. 21	1250
Jull v. Jull	(1984), 42 R.F.L. (2d) 113	844, 869, 880
K		
Karak Rubber Co. v. Burden (No. 2)	[1972] 1 W.L.R. 602	768

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Katz v. Katz	(1983), 33 R.F.L. (2d) 412	830, 880
Keefer v. Phoenix Insurance Co.	(1901), 31 S.C.R. 144	27
Kelsey v. The Queen	[1953] 1 S.C.R. 220	790
Keptigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India	[1909] 2 K.B. 1010	742, 780
Kienapple v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 729	251
Klopfcr v. North Carolina	386 U.S. 213 (1967)	608, 636
Krueger v. Taubner	(1974), 17 R.F.L. 86	870

L

Laflamme v. Levallée	[1981] C.A. 396	890
Lajoie v. The Queen	[1974] S.C.R. 399	250
Lakeview Gardens Corp. v. Minister of National Revenue	[1973] C.T.C. 586	47
Laporte and The Queen, Re	(1972), 8 C.C.C. (2d) 343	1062
Lardner v. Lardner	(1980), 20 R.F.L. (2d) 234	890
Latour v. The King	[1951] S.C.R. 19	937
Law Society of Alberta v. Black	(1984), 8 D.L.R. (4th) 346	141
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357	439
Lazier, Re	(1899), 29 S.C.R. 630	511
Leather Manufacturers' Bank v. Morgan	117 U.S. 96 (1886)	722
Lensen v. Lensen	[1984] 6 W.W.R. 673	823
Levitz v. Ryan	[1972] 3 O.R. 783	1104
Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.	[1957] A.C. 555	762
Liverpool City Council v. Irwin	[1977] A.C. 239	762
Lizotte v. The King	[1951] S.C.R. 115	258
Local Government Board v. Arlidge	[1915] A.C. 120	213
Loi de 1979 sur la location résidentielle, Re	[1981] 1 R.C.S. 714	491
London Joint Stock Bank v. Macmillan	[1918] A.C. 777	723
Louisiana ex rel. Gremillion v. NAACP	366 U.S. 293 (1961)	345
Lowe v. Lowe	(1975), 20 R.F.L. 216	900
Lowe v. Peers	(1768), 4 Burr. 2225, 98 E.R. 160	899
Lucena v. Craufurd	(1806), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 269, 127 E.R. 630	13
Lumcorp Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce	[1977] C.S. 993	80

M

MacAllister v. MacAllister	(1984), 39 R.F.L. (2d) 307	822
Macaura v. Northern Assurance Co.	[1925] A.C. 619	6
MacDonald v. Lee	(1970), 2 R.F.L. 360	900
Mackenzie v. Imperial Bank of Canada	[1938] O.W.N. 166	756
MacLaren v. Attorney-General for Quebec	[1914] A.C. 258	168
Mahon v. Air New Zealand Ltd.	[1984] 3 All E.R. 201	222
Makin v. Attorney-General for New South Wales	[1894] A.C. 57	942
Malas v. British Imex Industries, Ltd.	[1958] 1 All E.R. 262	78
Malcovitch v. Malcovitch	(1978), 21 O.R. (2d) 449	869, 881
Malloch v. Aberdeen Corp.	[1971] 2 All E.R. 1278	218
Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.	[1900] 2 Ch. 352	999

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Mancini v. D.P.P.....	[1942] A.C. 1	937
Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.....	[1987] 1 S.C.R. 110	1225
Marchand v. Simcoe County Board of Education	(1984), 10 C.R.R. 169	131
Margaronis Navigation Agency Ltd. v. Henry W. Peabody & Co. of London Ltd.	[1965] 2 Q.B. 430	96
Martineau c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui (n° 1)	[1978] 1 R.C.S. 118	216
Martineau v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board (No. 1)	[1978] 1 S.C.R. 118	216
Massicotte v. Boutin	[1969] S.C.R. 818	824
Matheson v. The Queen	74 D.T.C. 6176	55
Matter of Burt.....	737 F.2d 1477 (1984).....	547, 573
McCann v. The Queen	[1976] 1 F.C. 570, 29 C.C.C. (2d) 337 ...	1062, 1087
McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick	[1983] 1 R.C.S. 704	389
McEvoy v. Attorney General for New Brunswick	[1983] 1 S.C.R. 704	389
McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough	[1976] 1 S.C.R. 718	411
McGavin Toastmaster Ltd. and Powlowski, Re.....	(1972), 31 D.L.R. (3d) 370; (1973), 37 D.L.R. (3d) 100	216
McKay v. The Queen.....	[1965] S.C.R. 798	125
McKeown v. The Queen	[1971] S.C.R. 446	583
Mears v. Safecar Security Ltd.....	[1982] 2 All E.R. 865	767
Meier and The Queen, Re.....	(1983), 8 C.C.C. (3d) 210	514
Ménard v. Ricard	[1974] C.A. 157	879
Mercer v. Mercer	(1978), 5 R.F.L. (2d) 224	869
Messier v. Delage.....	[1983] 2 S.C.R. 401	827, 853, 874
Metropolitan Toronto School Board v. Minister of Education.....	(1985), 6 C.P.C. (2d) 281	127
Mezzo v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 802	798
Michael Doyle & Associates Ltd. v. Bank of Montreal	(1982), 140 D.L.R. (3d) 596	102
Midland Bank, Ltd. v. Seymour	[1955] 2 Lloyd's Rep. 147	98
Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs and Kemp	[1979] Ch. 384	771
Miller and Cockriell v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 680	1063, 1066, 1087, 1109
Miller v. Hancock	[1893] 2 Q.B. 177	766
Mills c. Ministre du Revenu national.....	85 D.T.C. 632	46
Mills v. Minister of National Revenue	85 D.T.C. 632	46
Mills v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 863	553, 568, 575, 622, 629
Milmo v. Carreras.....	[1946] K.B. 306	1016
Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville....	[1982] 2 S.C.R. 518	554
M'Kenzie v. British Linen Co.....	(1881), 6 App. Cas. 82	747
M.N.R. v. Paroian	[1980] C.T.C. 131	709
Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand	[1979] 1 S.C.R. 495	709
Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville	[1982] 2 R.C.S. 518	554
Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand.....	[1979] 1 R.C.S. 495	709
Mitchell and The Queen, Re.....	(1983), 6 C.C.C. (3d) 193	1068, 1088
Moore and The Queen, Re.....	(1984), 10 C.C.C. (3d) 306	1068, 1088
Moore v. Arizona	414 U.S. 25 (1973)	646
Moosa v. Moosa	Unreported/Inédit	890
Moralice (London), Ltd. v. E. D. & F. Man.....	[1954] 2 Lloyd's Rep. 526	96

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Morgentaler v. Ackroyd	(1983), 42 O.R. 659.....	134
Muirhead v. Timbers Brothers Sand & Gravel Ltd.	(1977), 3 C.C.L.T. 1.....	916
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	528

N

NAACP v. Alabama ex rel. Patterson	357 U.S. 449 (1958)	345
NAACP v. Button	371 U.S. 415 (1963)	345
Nadeau v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 570	700
Nanticoke Ratepayers Association and Environmental Assessment Board, Re	(1978), 83 D.L.R. (3d) 722	216
Nash v. Nash	[1975] 2 S.C.R. 507	814
Neal v. Neal	(1972), 8 R.F.L. 194.....	901
Neely v. Henkel (No. 1).....	180 U.S. 109 (1901).....	525, 573
New York Life Insurance Co. v. Hartford National Bank & Trust Co.	378 A.2d 562 (1977).....	75
Newfoundland Association of Public Employees v. The Queen in Right of Newfoundland.....	(1985), 14 C.R.R. 193.....	340
Newman v. Newman	(1980), 4 Man. R. (2d) 50.....	832, 879
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1979] 1 S.C.R. 311	211
N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.	301 U.S. 1 (1937)	334
NMC Enterprises, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.	14 UCC Rep. 1427 (1974).....	76
No. 185 v. Minister of National Revenue.....	54 D.T.C. 395.....	50
No. 228 v. Minister of National Revenue.....	55 D.T.C. 39.....	50
No. 616 v. Minister of National Revenue.....	59 D.T.C. 247.....	46
Nor-Video Services Ltd. v. Ontario Hydro	(1978), 4 C.C.L.T. 244.....	912
North Carolina v. Pearce	395 U.S. 711 (1969).....	1085
Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. Traynor	[1972] N.Z.L.R. 504	21

O

Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier.....	[1985] 2 S.C.R. 164	1191
Ogilvie v. West Australian Mortgage, and Agency Corp.	[1896] A.C. 257	748
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	1136
Ontario Jockey Club v. Smith	(1922), 22 O.W.N. 373	140
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	521, 532
Orient Co. v. Brekke & Howlid.....	[1913] 1 K.B. 531	102
Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa	(1915), 34 O.L.R. 624.....	1174

P

Pacific Coast Cheese, Inc. v. Security First National Bank of Los Angeles.....	286 P.2d 353 (1955).....	733
Pacific National Fire Insurance Co. v. Watts	97 So.2d 797 (1957)	28
Pacific Trollers Association c. Procureur général du Canada	[1984] 1 C.F. 846	139
Pacific Trollers Association v. Attorney General of Canada	[1984] 1 F.C. 846	139

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food	[1968] A.C. 997	1191
Pappajohn v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 120	789, 796, 930
Paras v. Paras	[1971] 1 O.R. 130	869
Pardo v. Bingham	(1869), L.R. 4 Ch. App. 735	178
Patenaude v. W. C. Edwards & Co.	(1915), 21 R.L. n.s. 523	168
Patterson v. Harris	(1861), 1 B. & S. 336, 121 E.R. 740	18
Pearlberg v. Varty	[1972] 1 W.L.R. 534	219
Pearson v. Lecorre	Unreported/Inédit	1062
Pelech v. Pelech	[1987] 1 S.C.R. 801	866, 875, 897
Penn Central Transportation Co., In Re	354 F. Supp. 717 (E. D. Pa. 1972)	1002
People v. Broadie	371 N.Y.S.2d 471 (1975)	1090
Perkins v. Perkins	[1938] P. 210	900
Pergamon Press Ltd., In Re	[1971] Ch. 388	216
Perrault v. Gauthier	(1898), 28 S.C.R. 241	70
Phoenix Conveyer and Belting Systems Inc. v. Speed King Manufacturing Co.	(1985), 37 Man. R. (2d) 84	81
Phoenix Ins. Co. of Hartford v. New York & Harlem R. Co.	59 F.(2d) 962, 1932	1002
Piasta v. Piasta	(1974), 15 R.F.L. 137	829
Piche v. Solicitor-General of Canada	(1984), 17 C.C.C. (3d) 1	1068
Piller v. Piller	[1975] 4 W.W.R. 342	814
Point of Ayr Collieries, Ltd. v. Lloyd-George	[1943] 2 All E.R. 546	208
Posener v. Posener	(1984), 4 D.L.R. (4th) 385	820
Prime and Manitoba Labour Board, Re	(1983), 3 D.L.R. (4th) 74	340, 400
Procureur général du Canada c. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.	[1985] 1 C.F. 791	139
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 R.C.S. 735	220
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia ...	[1982] 2 R.C.S. 307	126
Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board	[1984] 2 R.C.S. 575	137, 1195
Procureur général du Québec c. Lavigne	[1980] C.A. 25	137
Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards	[1984] 2 R.C.S. 66	133
Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 218	1225
Public Inquiries Act and Shulman, Re	[1967] 2 O.R. 375	229
PSAC v. Canada	[1987] 1 S.C.R. 424	487
Public Service Alliance of Canada v. The Queen	[1984] 2 F.C. 889	339, 400
Pugliese v. National Capital Commission	(1977), 17 O.R. (2d) 129	912

R

R. c. Ouellet	[1976] C.S. 503, 28 C.C.C. (2d) 338	583
R. D. Harbottle (Mercantile) Ltd. v. National Westminster Bank Ltd.	[1977] 2 All E.R. 862	78
R. v. Almon	(1765), Wilm. 243, 97 E.R. 94	582
R. v. Ancio	[1984] 1 S.C.R. 225	250
R. v. Anderson	(1984), 10 C.C.C. (3d) 417	1242
R. v. Antoine	(1983), 5 C.C.C. (3d) 97	616
R. v. Bains and Grewal	(1985), 7 O.A.C. 67	262

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
R. v. Barrington	[1981] 1 All E.R. 1132.....	942
R. v. Beaver	(1984), 64 N.S.R. 158.....	262
R. v. Bengert.....	(1980), 18 C.R. (3d) 75.....	583
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295.....	123, 349, 394, 439, 1071, 1084
R. v. Bouvier	(1984), 11 C.C.C. (3d) 257.....	683
R. v. Braun	(1984), 12 W.C.B. 281.....	262
R. v. Brixton Prison (Governor of), Ex parte Van der Auwera.....	[1907] 2 K.B. 157.....	548
R. v. Brown.....	(1984), 79 Cr. App. R. 115.....	694
R. v. Bruce, Wilson and Lucas	(1977), 36 C.C.C. (2d) 158.....	1088
R. v. Buckler.....	[1970] 2 C.C.C. 4.....	1062
R. v. Cameron	[1982] 6 W.W.R. 270.....	636
R. v. Caouette.....	[1973] S.C.R. 859.....	259
R. v. Chiasson.....	(1982), 135 D.L.R. (3d) 499.....	528
R. v. Clayton-Wright.....	(1948), 33 Cr. App. R. 22.....	703
R. v. Cohen (1983)	5 C.C.C. (3d) 156.....	283
R. v. Cohn.....	(1984), 4 O.A.C. 293.....	583
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265.....	299, 307, 949, 1240
R. v. Cook.....	(1985), 46 C.R. (3d) 128.....	939
R. v. Dairy Supplies Ltd.	Unreported/Inédit.....	285
R. v. Dean	(1965), 47 C.R. 311.....	1227
R. v. DeBot	(1986), 17 O.A.C. 141.....	276
R. v. Dick, Penner and Finnigan	[1965] 1 C.C.C. 171.....	1062
R. v. Dombrowski	(1985), 18 C.C.C. (3d) 164.....	1242
R. v. Dumas	(1985), 23 C.C.C. (3d) 366.....	285
R. v. Dyment	(1986), 25 C.C.C. (3d) 120.....	283
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713.....	1084
R. v. Esposito.....	(1985), 24 C.C.C. (3d) 88.....	1243
R. v. Farrant.....	[1983] 1 S.C.R. 124.....	682
R. v. Fisher	(1811), 2 Camp. 563, 170 E.R. 1253.....	582
R. v. Folkes and Ludds.....	(1832), 1 Mood. 354, 168 E.R. 1301.....	691
R. v. Fyfe	[1968] 1 C.C.C. 295.....	264
R. v. Gardiner.....	[1982] 2 S.C.R. 368.....	546
R. v. Gladstone.....	(1985), 22 C.C.C. (3d) 151.....	283
R. v. Golden.....	[1986] 1 S.C.R. 209.....	52
R. v. Govedarov, Popovic and Askov.....	(1974), 16 C.C.C. (2d) 238.....	662
R. v. Guiller	Unreported/Inédit.....	1070
R. v. Hamill.....	[1987] 1 S.C.R. 301.....	949
R. v. Harder.....	[1956] S.C.R. 489.....	691
R. v. Harvey	(1979), 18 A.R. 382.....	1224
R. v. Hatchwell	[1976] 1 S.C.R. 39.....	1062
R. v. Heaslip.....	(1983), 9 C.C.C. (3d) 480.....	616
R. v. Heit	(1984), 11 C.C.C. (3d) 97.....	519
R. v. Hotte	(1984), 13 W.C.B. 224.....	262
R. v. Isaac.....	[1984] 1 S.C.R. 74.....	682
R. v. Jewitt.....	[1985] 2 S.C.R. 128.....	548, 629
R. v. Jones.....	[1986] 2 S.C.R. 284.....	132
R. v. Konechny.....	(1983), 10 C.C.C. (3d) 233.....	1058

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Kroeger	(1984), 13 C.C.C. (3d) 277	1069
R. v. Krug	(1982), 7 C.C.C. (3d) 324	1070
R. v. Langevin	(1984), 11 C.C.C. (3d) 336	1068, 1090
R. v. Lewis	(1984), 12 C.C.C. (3d) 353	1070
R. v. Loiselle	[1962] S.C.R. 624	908
R. v. Lundrigan	(1985), 19 C.C.C. (3d) 499	277
R. v. Lyons	(1984), 15 C.C.C. (3d) 129	1070
R. v. MacArthur	(1904), S.C.R. 570	911
R. v. McDonald, Ex parte Whitelaw	(1968), 2 D.L.R. (3d) 298	234
R. v. McNamara	(1981), 56 C.C.C. (2d) 576	258
R. v. Moreau	(1986), 26 C.C.C. (3d) 359	939
R. v. Morrison	Unreported/Inédit	1069
R. v. Morton and Thompson	(1868), 19 U.C.C.P. 9	549
R. v. Nantais	[1966] 4 C.C.C. 108	264
R. v. Natrall	(1972), 32 D.L.R. (3d) 241	1062
R. v. Nelson	(1982), 3 C.C.C. (3d) 147	1242
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103 123, 373, 439, 455, 575, 938, 1059	
R. v. Pile	(1982), 66 C.C.C. (2d) 268	1224
R. v. Pohoretsky	(1985), 18 C.C.C. (3d) 104	283
R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers	(1970), 1 C.C.C. (2d) 251	281
R. v. Prince	[1986] 2 S.C.R. 480	256, 530, 534
R. v. Randall and Weir	(1983), 7 C.C.C. (3d) 363	1070
R. v. Revel	(1719), 1 Str. 420, 93 E.R. 609	582
R. v. Robertson	[1987] 1 S.C.R. 918	789
R. v. Robins	(1844), 1 Cox C.C. 114	645
R. v. Roestad	(1971), 5 C.C.C. (2d) 564	1062
R. v. Ruggiero	(1972), 9 C.C.C. (2d) 546	264
R. v. Shand	(1976), 30 C.C.C. (2d) 23 1058, 1064, 1090, 1095	
R. v. Sieben	[1987] 1 S.C.R. 295	949
R. v. Simmons	(1984), 11 C.C.C. (3d) 193	283
R. v. Simon (No. 1)	(1982), 68 C.C.C. (2d) 86	1104
R. v. Simon (No. 3)	(1982), 69 C.C.C. (2d) 557	1069
R. v. Singh (Inderjit)	(1985), 8 O.A.C. 100	262
R. v. Slaney	(1985), 22 C.C.C. (3d) 240	1070
R. v. Smith	(1876), 38 U.C.Q.B. 218	693
R. v. Smith	(1982), 67 C.C.C. (2d) 418	1224
R. v. Sparrow	(1979), 51 C.C.C. (2d) 443	682
R. v. Strachan	(1986), 24 C.C.C. (3d) 205	285, 290
R. v. Swindall and Osborne	(1846), 2 Car. & K. 230, 175 E.R. 95	691
R. v. Taylor	[1950] 2 K.B. 368	261
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	124, 275, 1227, 1243
R. v. Tobac	(1985), 20 C.C.C. (3d) 49	1069, 1088
R. v. Treanor	(1939), 27 Cr. App. Rep. 35	261
R. v. Tuckey	(1985), 46 C.R. (3d) 97	683
R. v. Warner	[1961] S.C.R. 144	258
R. v. White	(1986), 24 C.C.C. (3d) 1	939

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Young.....	(1984), 40 C.R. (3d) 289	548
Railroad Trainmen v. Virginia ex rel. Virginia State Bar.....	377 U.S. 1 (1964)	346
Reference Re Adoption Act.....	[1938] S.C.R. 398.....	1174
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1985] 1 S.C.R. 721	257, 361
Reference re Public Service Employee Relations Act	[1987] 1 S.C.R. 313 437, 452, 453, 456, 475, 484, 486	
Regina and Beason, Re.....	(1983), 7 C.C.C. (3d) 20	614, 616
Reigate v. Union Manufacturing Co. (Ramsbottom)	[1918] 1 K.B. 592	762
Renvoi: Loi anti-inflation.....	[1976] 2 R.C.S. 373	440, 3487
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	122, 1060, 1110
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act	[1987] 1 R.C.S. 313 437, 452, 453, 456, 475, 484, 486	
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba.....	[1985] 1 R.C.S. 721	257, 361
Residential Tenancies Act, 1979, Re	[1981] 1 S.C.R. 714	491
Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals, Re 544, 496, 635 and 955 and Government of Saskatchewan	(1985), 19 D.L.R. (4th) 609.....	342, 401
Richardson v. Richardson	[1987] 1 S.C.R. 858	825, 853
Ridge v. Baldwin	[1964] A.C. 40	218
Rio Hotel Ltd. c. Commission des licences et permis d'alcool.....	[1986] 2 R.C.S. ix.....	145
Rio Hotel Ltd. v. Liquor Licensing Board.....	[1986] 2 S.C.R. ix.....	145
Roberts v. United States Jaycees.....	468 U.S. 609 (1984)	400
Robertson and Rosetanni v. The Queen.....	[1963] S.C.R. 651.....	359
Rockwell International Systems, Inc. v. Citibank, N.A.	719 F.2d 583 (1983)	77
Rojas and The Queen, Re	(1978), 40 C.C.C. (2d) 316	1062
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121.....	1104
Rosen v. Pullen	(1981), 126 D.L.R. (3d) 62.....	81
Ross v. Ross.....	(1984), 39 R.F.L. (2d) 51.....	835, 876
Rothman v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 640	273
Royal Commission on Thomas Case, Re.....	[1980] 1 N.Z.L.R. 602.....	222
Royal Government of Greece v. Brixton Prison Governor	[1969] 3 All E.R. 1337	558
Royal Insurance Co. v. Sisters of the Presentation.....	430 F.2d 759 (1970)	28
Rutherford v. Royal Bank of Canada	[1932] S.C.R. 131.....	756
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 573	550
Ryan, Re.....	360 F. Supp. 270 (1973)	520
Ryan v. Board of Inquiry under the Human Rights Act.....	(1976), 22 N.S.R. (2d) 444	216

S

Sabatier v. Dabrowski	586 F.2d 866 (1978)	547
Salomon v. Salomon & Co.....	[1897] A.C. 22.....	10, 1033
Sansregret v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 570	930
Saulnier v. Quebec Police Commission.....	[1976] 1 S.C.R. 572	216
Schenck v. The Queen in right of Ontario.....	(1981), 34 O.R. (2d) 595	913
Schmeiser v. Schmeiser	(1982), 21 Sask. R. 437.....	822
School Committee of the Town of Westerly v. Westerly Teachers Ass'n.....	299 A.2d 441 (1973).....	379
Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.	[1980] 2 S.C.R. 78	1250
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	550

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Seaway Trust Co. and The Queen in Right of Ontario (No. 2), Re...	(1983), 143 D.L.R. (3d) 252	222
Sedlmayr, Gardiner and Demay and the Royal Commission into the Activities of Royal American Shows Inc., Re	(1978), 82 D.L.R. (3d) 161	216
Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock (No. 3)	[1968] 1 W.L.R. 1555	768
Selvarajan v. Race Relations Board	[1976] 1 All E.R. 12	216
Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home, Re	(1983), 44 O.R. (2d) 392	340, 402, 446
Sevenoaks, Maidstone & Tunbridge Railway Co. v. London, Cha- tham & Dover Railway Co.	(1879), 11 Ch. D. 625	998
Shell UK Ltd. v. Lostock Garage Ltd.	[1977] 1 All E.R. 481	767
Sheppe v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 22	254
Shields v. Minister of National Revenue	68 D.T.C. 668	50
Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.	[1939] 2 K.B. 206	762
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	373, 439, 531
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	373, 439, 531
Sinha c. Ministre du Revenu national	[1981] C.T.C. 2599	47
Sinha v. Minister of National Revenue	[1981] C.T.C. 2599	47
Smith v. Hooey	393 U.S. 374 (1969)	644
Smith v. Inner London Education Authority	[1978] 1 All E.R. 411	140
Sneaker Circus Inc. v. Carter	457 F. Supp. 771 (1978)	223
Société Asbestos Ltée c. Société nationale de l'amiante	[1979] C.A. 342	148
Société de développement de la Baie James c. Chef Robert Kanate- wat	[1975] C.A. 166	136
Société des Acadiens v. Association of Parents for Fairness in Edu- cation	[1986] 1 S.C.R. 549	1175
Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec	[1979] 2 R.C.S. 618	582
Solem v. Helm	463 U.S. 277 (1983)	1074, 1090
Soproma S.p.A. v. Marine & Animal By-Products Corp.	[1966] 1 Lloyd's Rep. 367	96
Spencer v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 278	518
St. John v. Fraser	[1935] S.C.R. 441	212
Stein c. Le Navire "Kathy K"	[1976] 2 R.C.S. 802	1249
Stein v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802	1249
Sternthal v. The Queen	74 D.T.C. 6646	41
Stock v. Inglis	(1884), 12 Q.B.D. 564	20
Storgoff, Re	[1945] S.C.R. 526	513
Strunk v. United States	412 U.S. 434 (1973)	614, 637
Stubart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536	52
Sumner v. Sumner	(1973), 12 R.F.L. 324	869
Swain v. Dennison	[1967] S.C.R. 7	817
Swan v. North British Australasian Co.	(1863), 2 H. & C. 175, 159 E.R. 73	736
Sweitzer v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 949	941
Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.	31 N.Y.S.2d 631 (1941)	73

T

T. H. Critelli Ltd. v. Lincoln Trust and Savings Co.	(1978), 86 D.L.R. (3d) 724	913
Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.	[1986] 1 A.C. 80	723, 759
The "Freiya" v. The "R.S."	[1922] 1 W.W.R. 409	774

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
The "Moorcock".....	(1889), 14 P.D. 64.....	762, 1040
The Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley and McDermott, Re.....	[1962] O.R. 872.....	229
Thomas v. Collins.....	323 U.S. 516 (1945).....	346
Thompson v. Thompson.....	(1974), 16 R.F.L. 158.....	880
Tiny Separate School Trustees v. The King.....	[1928] A.C. 363.....	1162
Toolsie v. The Queen.....	[1986] 1 C.T.C. 216.....	50
Tournier v. National Provincial and Union Bank of England.....	[1924] 1 K.B. 461.....	777
Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg.....	[1932] 1 D.L.R. 386.....	999
Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 494.....	281, 1255
Trans-Prairie Pipelines Ltd. v. Minister of National Revenue.....	70 D.T.C. 6351.....	40
Trop v. Dulles.....	356 U.S. 86 (1958).....	1089
Turmel c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.....	(1985), 16 C.R.R. 9.....	130
Turmel v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission.....	(1985), 16 C.R.R. 9.....	130

U

Underwood McLellan & Associates Ltd. and Association of Profes- sional Engineers of Saskatchewan, Re.....	(1978), 86 D.L.R. (3d) 501.....	216
United Bank Ltd. v. Cambridge Sporting Goods Corp.....	360 N.E.2d 943 (1976).....	76
United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada.....	[1983] 1 A.C. 168.....	79
United Federation of Postal Clerks v. Blount.....	325 F. Supp. 879 (1971).....	346
United Mine Workers v. Illinois State Bar Association.....	389 U.S. 217 (1967).....	346
United States of America v. Beaurone.....	(1983), 27 Sask. R. 136.....	555
United States of America v. Link and Green.....	[1955] S.C.R. 183.....	545
United States of America and Smith, Re.....	(1984), 10 C.C.C. (3d) 540.....	555
United States v. Allard.....	[1987] 1 S.C.R. 564.....	560, 562
United States v. Ewell.....	383 U.S. 116 (1966).....	606, 644
United States v. Galanis.....	429 F. Supp. 1215 (1977).....	573
United States v. Lanza.....	260 U.S. 377 (1922).....	529
United States v. Loud Hawk.....	106 S. Ct. 648 (1986).....	638
United States v. MacDonald.....	456 U.S. 1 (1982).....	642
Upper Canada College v. Smith.....	(1920), 61 S.C.R. 413.....	167
Urquhart Lindsay & Co. v. Eastern Bank, Ltd.....	[1922] 1 K.B. 318.....	92
Ursini v. Ursini.....	(1975), 24 R.F.L. 261.....	890

V

Vaillancourt v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 69.....	585
Van Cure v. Hartford Fire Insurance Co.....	253 A.2d 663 (1969).....	28
Van Doorn v. Van Doorn.....	(1985), 46 R.F.L. (2d) 186.....	871, 880
Vancouver General Hospital v. Stoffman.....	(1985), 23 D.L.R. (4th) 146.....	145
Verhoeven c. Ministre du Revenu national.....	75 D.T.C. 230.....	50
Verhoeven v. Minister of National Revenue.....	75 D.T.C. 230.....	50

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
W		
Walker v. Pioneer Construction Co. (1967) Ltd.....	(1975), 8 O.R. (2d) 35	916
Wandlyn Motels Ltd. v. Commerce General Insurance Co.....	[1970] S.C.R. 992.....	9
Wattebled, Re	(1952), 106 C.C.C. 200.....	513
Watts v. Indiana.....	338 U.S. 49 (1949).....	1100
Webb v. Webb.....	(1984), 39 R.F.L. (2d) 113	831, 865, 880
Webster v. Webster	(1978), 25 N.S.R. (2d) 33.....	822
Weisfeld v. R.....	(1985), 16 C.R.R. 24	130
William Aldred's Case	(1610), 9 Co. Rep. 57 b, 77 E.R. 816	916
Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.	[1922] 1 A.C. 202.....	213
Wilson v. Jones.....	(1867), L.R. 2 Ex. 139	18
Windsor, Re.....	(1865), 6 B. & S. 522, 122 E.R. 1288	517
Winnipeg School Division No. 1 v. Craton.....	[1985] 2 S.C.R. 150	1136
Wiseman v. Borneman.....	[1971] A.C. 297	235
Wollaston v. Hakewill	(1841), 3 Man. & G. 297, 133 E.R. 1157	1016
Woolmington v. D.P.P.....	[1935] A.C. 462	936
Workman v. The Queen	[1963] S.C.R. 266.....	790
Wu v. The King.....	[1934] S.C.R. 609.....	790
Y		
Yeates v. Yeates.....	(1982), 31 R.F.L. (2d) 71	890
Young v. Grote.....	(1827), 4 Bing. 253, 130 E.R. 764	734
Z		
Zanyk c. Ministre du Revenu national	81 D.T.C. 48.....	50
Zanyk v. Minister of National Revenue.....	81 D.T.C. 48.....	50
Zimmerman v. St. Paul Fire & Marine Insurance Co.	(1968), 1 D.L.R. (3d) 277.....	21
Zwaig c. Ministre du Revenu national.....	[1974] C.T.C. 2172	55
Zwaig v. Minister of National Revenue	[1974] C.T.C. 2172.....	55



STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A		C	
Act respecting Fisheries and Fishing, S.Q. 1899, c. 23		Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III	
s. 1	158	s. 1(b)	424
s. 4	158	Canadian Charter of Rights and Freedoms	
Act respecting the Canadian Pacific Railway Company, S.C. 1891, c. 70		s. 1	313, 424, 460, 500
s. 2	952	s. 2(a)	1045
Act respecting the Ministère du revenu, R.S.Q. 1977, c. M-31		s. 2(d)	313, 424, 460
s. 40	706	s. 7	181, 301, 500, 536, 564, 1045
Act respecting the Ontario and Quebec Railway Company, S.C. 1884, c. 61		s. 8	181, 265, 295, 301, 945
s. 8	952	s. 9	1045
Act to amend and consolidate the laws relating to fisheries, S.Q. 1888, c. XVII		s. 10(b)	1233
s. 1	158	s. 11(b)	536, 564, 588
s. 3	158	s. 11(d)	265, 588
Act to amend the Canadian Pacific Railway Act, 1889, and for other purposes, S.C. 1890, c. 47		s. 11(h)	500
s. 6	952	s. 24(1)	265, 295, 301, 536, 564, 588
Act to amend the Education Act, S.O. 1986, c. 21	1148	s. 24(2)	265, 295, 301, 945, 1233
Act to amend the Quebec fish and game laws, S.Q. 1919, c. 31		s. 32	500, 536, 564
s. 1	158	Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33	
Act to incorporate the Ontario and Quebec Railway Company, S.C. 1881, c. 44		s. 2	1114
s. 30	952	s. 10	1114
B		s. 15(1)	1114
Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5		s. 41(2)(a)	1114
s. 49(1)	711	Civil Code	
Blood Test Act, S.M. 1980, c. 49, C.C.S.M., c. B63		art. 1593	952
s. 1	945	Code of Civil Procedure	
s. 2	945	art. 846	706
		Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23	
		s. 8(b)	181
		s. 17(1)	181
		s. 20(1)	181
		Competition Act, S.C. 1986, c. 26	
		ss. 18-47	181
		s. 67	181
		Consolidated Railway Act, 1879, S.C. 1879, c. 9	
		s. 7.2	952
		Constitution Act, 1867	424
		s. 93(1)	1148
		s. 93(2)	1148

	PAGE		PAGE
s. 93(3).....	1148	E	
s. 93(4).....	1148		
Constitution Act, 1982.....	313	Expropriations Act, R.S.O. 1970, c. 154	
s. 52.....	1148	s. 1.....	906
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34		s. 21.....	906
s. 2 "peace officer".....	1212	Extradition Treaty Between Canada and the United States of America, December 3, 1971, Can. T.S. 1976 No. 3	
s. 8.....	577	art. 4(1)(i).....	500
s. 21.....	246, 652	Extradition Treaty Between the Argentina Republic and Great Britain, S.C. 1894, p. xlii	
s. 127(2).....	577	art. V.....	536
s. 212(a).....	246	art. XIV.....	536
s. 228.....	246		
s. 235.....	1212	F	
s. 236.....	945	Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152	
s. 237(2).....	945	s. 18(4).....	857
s. 238(3)(b).....	945	Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10	
s. 244.....	918	s. 18.....	181
s. 244(4).....	782	s. 28.....	181
s. 246(4).....	782	Fugitive Offenders Act, R.S.C. 1970, c. F-32	
s. 246.1(1)(a).....	918	s. 17.....	536
s. 323(b).....	310		
s. 472.....	244	I	
s. 484(1).....	577	Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148	
s. 613(1)(b)(i).....	246	s. 12(1)(a).....	32
s. 613(1)(b)(iii).....	246, 497, 918	s. 11(1)(c)(i).....	32
s. 613(3).....	246		
s. 618(1)(a).....	246	L	
s. 618(1)(b).....	246	Labour Relations Act, C.C.S.M., c. L10	
s. 621(1)(b).....	246	s. 75.1.....	110
s. 643.....	181	Labour Relations Act, R.S.A. 1980 (Supp.), c. L-1.1	
s. 719(5).....	500	s. 1(1)(u).....	313
		s. 1(2)(u).....	313
D		s. 117.1.....	313
Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act, S.S. 1983-84, c. D-1.1.....	460	s. 117.2.....	313
Defence Establishment Trespass Regulations, C.R.C. 1978, c. 1047		s. 117.3.....	313
s. 2.....	1212	s. 117.8.....	313
s. 3.....	1212	s. 155.....	313
s. 28.....	1212		
s. 29.....	1212		
Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8			
s. 3.....	801		
s. 11.....	801		
s. 11(1).....	857		
s. 11(2).....	857, 892		
s. 17(2).....	801		
s. 18(1).....	801		

	PAGE		PAGE
N			
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1		s. 55.....	313
s. 5(2).....	1045	s. 93.....	313
s. 10(1)(a).....	265, 295, 301	s. 94.....	313
s. 10(1)(b).....	265	s. 95.....	313
s. 10(1)(c).....	265	Q	
s. 10(2).....	295, 301	Quebec Fisheries' Act, R.S.Q. 1909	
s. 10(3).....	295, 301	s. 2252.....	158
s. 200.....	265	Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision)	
National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4		s. 22.01.....	1212
s. 12(1).....	1212	s. 22.02.....	1212
s. 55(1).....	1212	R	
s. 134.....	1212	Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2	
P			
Police Officers Collective Bargaining Act, S.A. 1983, c. P-12.05		s. 53(2).....	952
s. 1(m).....	313	s. 87.....	952
s. 2(1).....	313	Railway Act, S.C. 1888, c. 29	
s. 2(2).....	313	s. 90(c).....	952
s. 3.....	313	Regulation No. 5 on the Placement of Employees in the Construction Industry, (1977) 109 O.G. 5581 (No. 43, 26/10/77)	
s. 9.....	313	s. 2.01.....	241
s. 10.....	313	S	
s. 15.....	313	Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19	
s. 46.....	313	s. 2(1) "the court appealed from".....	536
Public Sector Compensation Restraint Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 122		s. 2(1) "final judgment".....	536
s. 2(1) "compensation".....	424	s. 40.....	500
s. 2(1) "compensation plan".....	424	s. 41.....	536
s. 3.....	424	s. 41(1).....	564, 801
s. 4.....	424	s. 42.....	801
s. 6.....	424	s. 44.....	801
s. 7.....	424	s. 47.....	801
s. 9.....	424	s. 48.....	246
s. 16.....	424	Supreme Court Rules, SOR/83-74	
s. 17.....	424	s. 32.....	181
Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 1980, c. P-33			
s. 1(o).....	313		
s. 1(q).....	313		
s. 48.....	313		
s. 49.....	313		
s. 50.....	313		



LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A			
Acte concernant la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique, S.C. 1891, chap. 70		art. 24(1)	265, 295, 301, 536, 564, 588
art. 2.....	952	art. 24(2)	265, 295, 301, 945, 1233
Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec, S.C. 1884, chap. 61		art. 32	500, 536, 564
art. 8.....	952	Code civil	
Acte des chemins de fer, S.C. 1888, chap. 29		art. 1593	952
art. 90(c.).....	952	Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34	
Acte modifiant l'Acte du chemin de fer Canadien du Pacifique, 1889, et à d'autres fins, S.C. 1890, chap. 47		art. 2 "agent de la paix".....	1212
art. 6.....	952	art. 8.....	577
Acte pour amender et refondre les lois de la pêche, S.Q. 1888, chap. XVII		art. 21	246, 652
art. 1.....	158	art. 127(2)	577
art. 3.....	158	art. 212a)	246
Acte pour constituer en corporation la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec, S.C. 1881, chap. 44		art. 228.....	246
art. 30.....	952	art. 235.....	1212
Acte refondu des chemins de fer, 1879, S.C. 1879, chap. 9		art. 236.....	945
art. 7.2.....	952	art. 237(2)	945
C			
Charte canadienne des droits et libertés		art. 238(3)b).....	945
art. 1	313, 424, 460, 500	art. 244	918
art. 2a)	1045	art. 244(4)	782
art. 2d)	313, 424, 460	art. 246(4)	782
art. 7	181, 301, 500, 536, 564, 1045	art. 246.1(1)a).....	918
art. 8	181, 265, 295, 301, 945	art. 323b).....	310
art. 9.....	1045	art. 472.....	244
art. 10b).....	1233	art. 484(1)	577
art. 11b)	536, 564, 588	art. 613(1)b)(i)	246
art. 11d)	265, 588	art. 613(1)b)(iii)	246, 497, 918
art. 11h).....	500	art. 613(3)	246
		art. 618(1)a).....	246
		art. 618(1)b).....	246
		art. 621(1)b).....	246
		art. 643.....	181
		art. 719(5)	500
		Code de procédure civile	
		art. 846.....	706
D			
		Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act, S.S. 1983-84, chap. D-1.1	460

	PAGE		PAGE
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III		art. 11(1)c)(i).....	32
art. 1b).....	424	Loi de la pêche de Québec, S.R.Q. 1909	
		art. 2252	158
E		Loi modifiant la Loi sur l'éducation, L.O. 1986, chap. 21.....	1148
Expropriations Act, R.S.O. 1970, chap. 154		Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152	
art. 1.....	906	art. 18(4)	857
art. 21.....	906	Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23	
L		art. 8b).....	181
Labour Relations Act, C.C.S.M., chap. L10		art. 17(1)	181
art. 75.1.....	110	art. 20(1)	181
Labour Relations Act, R.S.A. 1980 (Supp.), chap. L-1.1		Loi sur la concurrence, S.C. 1986, chap. 26	
art. 1(1u).....	313	art. 18 à 47	181
art. 1(2u).....	313	art. 67.....	181
art. 117.1.....	313	Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e Supp.), chap. 10	
art. 117.2.....	313	art. 18.....	181
art. 117.3.....	313	art. 28.....	181
art. 117.8.....	313	Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19	
art. 155.....	313	art. 2(1) "la cour dont appel est interjeté".....	536
Loi amendant la loi de la pêche de Québec et la loi de la chasse de Québec, S.Q. 1919, chap. 31		art. 2(1) "jugement définitif".....	536
art. 1.....	158	art. 40.....	500
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33		art. 41.....	536
art. 2.....	1114	art. 41(1)	564, 801
art. 10.....	1114	art. 42.....	801
art. 15(1).....	1114	art. 44.....	801
art. 41(2)a).....	1114	art. 47.....	801
Loi concernant la pêche et les pêcheries, S.Q. 1899, chap. 23		art. 48.....	246
art. 1.....	158	Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, chap. N-4	
art. 4.....	158	art. 12(1)	1212
Loi constitutionnelle de 1867.....	424	art. 55(1)	1212
art. 93(1).....	1148	art. 134.....	1212
art. 93(2).....	1148	Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8	
art. 93(3).....	1148	art. 3.....	801
art. 93(4).....	1148	art. 11.....	801
Loi constitutionnelle de 1982.....	313	art. 11(1)	857
art. 52.....	1148	art. 11(2)	857, 892
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148		art. 17(2)	801
art. 12(1)a).....	32	art. 18(1)	801
		Loi sur le ministère du revenu, L.R.Q. 1977, chap. M-31	
		art. 40.....	706

	PAGE		PAGE
Loi sur les analyses du sang, L.M. 1980, chap. 49, C.C.S.M., chap. B63		art. 2(2)	313
art. 1	945	art. 3	313
art. 2	945	art. 9	313
Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2		art. 10	313
art. 53(2)	952	art. 15	313
art. 87	952	art. 46	313
Loi sur les criminels fugitifs, S.R.C. 1970, chap. F-32		Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 1980, chap. P-33	
art. 17	536	art. 1o)	313
Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5		art. 1q)	313
art. 49(1)	711	art. 48	313
Loi sur les restrictions salariales du secteur public, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122		art. 49	313
art. 2(1) "régime de rémunération"	424	art. 50	313
art. 2(1) "rémunération"	424	art. 55	313
art. 3	424	art. 93	313
art. 4	424	art. 94	313
art. 6	424	art. 95	313
art. 7	424		
art. 9	424	R	
art. 16	424	Règlement numéro 5 relatif au placement des salariés dans l'industrie de la construction, (1977) 109 G.O. 5581 (n° 43, 26/10/1977)	
art. 17	424	art. 2.01	241
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1		Règlement sur la violation de la propriété de la défense, C.R.C. 1978, chap. 1047	
art. 5(2)	1045	art. 2	1212
art. 10(1)a)	265, 295, 301	art. 3	1212
art. 10(1)b)	265	art. 28	1212
art. 10(1)c)	265	art. 29	1212
art. 10(2)	295, 301	Règles de la Cour suprême, DORS/83-74	
art. 10(3)	295, 301	art. 32	181
art. 200	265		
O		T	
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (révision 1968)		Traité d'extradition entre le Canada et les États- Unis d'Amérique, 3 décembre 1971, R.T. can. 1976 n° 3	
art. 22.01	1212	art. 4(1)(i)	500
art. 22.02	1212	Traité d'extradition entre la République d'Argen- tine et la Grande-Bretagne, S.C. 1894, p. xlii	
P		art. V	536
Police Officers Collective Bargaining Act, S.A. 1983, chap. P-12.05		art. XIV	536
art. 1m)	313		
art. 2(1)	313		



AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Abella, Rosalie S. "Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support" (1981), 4 <i>F.L.R.</i> 1	828
Abella, Rosalie S. <i>Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi</i> , Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services du Canada, 1984.....	1118
Abella, Rosalie S. <i>Report of the Commission on Equality in Employment</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.....	1117
Abernathy, Glenn. <i>The Right of Assembly and Association</i> . Columbia: University of South Carolina Press, 1961	397
Adell, Bernard. "Establishing a Collective Employee Voice in the Workplace: How Can the Obstacles be Lowered?" In <i>Essays in Labour Relations Law</i> . Papers presented at the Conference on Government and Labour Relations: The Death of Voluntarism. School Management, University of Lethbridge, September 6-8, 1984. Don Mills, Ont.: CCH Canadian Ltd., 1984.....	477
Adlercreutz, Axel. <i>Sweden</i> . In <i>International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations</i> , vol. 9. Kluwer Law and Taxation Publishers — The Netherlands, 1985.....	414
Agocs, Carol. "Affirmative Action, Canadian Style" (1986), 12 <i>Canadian Public Policy — Analyse de politiques</i> 148.....	1144
Amsterdam, Anthony G. "Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies" (1975), 27 <i>Stan. L. Rev.</i> 525.....	605, 638
<i>Anger and Honsberger Law of Real Property</i> , vol. 1., 2nd ed. By A. H. Oosterhoff and W. B. Rayner. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.....	1016
Archbold, John Frederick. <i>Archbold's Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases</i> , 33rd ed. By T. R. Fitzwalter Butler and Marston Garsia. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1954	692
Arthurs, Harry. "Collective Bargaining in the Public Service of Canada: Bold Experiment or Act of Folly" (1969), 67 <i>Mich. L. Rev.</i> 971.....	378
Arthurs, Harry. "The Right to Strike in Ontario and the Common Law Provinces of Canada". In <i>Proceedings of the Fourth International Symposium on Comparative Law</i> . Ottawa: University of Ottawa Press, 1967.	371
Arthurs H. W. "Free Collective Bargaining in a Regulated Society". In <i>The Direction of Labour Policy in Canada</i> . Edited by Frances Bairstow. Montréal: McGill University. Industrial Relations Centre, 1977.....	488
Arthurs, H. W. "Public Interest Labor Disputes in Canada: A Legislative Perspective" (1967), 17 <i>Buffalo L. Rev.</i> 39	488
Baer, Marvin G. "Annotation" (1983), 1 <i>C.C.L.I.</i> 83.....	29
Baer, Marvin G. "Recent Developments in Canadian Law: Insurance Law" (1985), 17 <i>Ottawa Law Rev.</i> 631 ..	21
Beatty, David M. "Labour is Not a Commodity". In <i>Studies in Contract Law</i> . Edited by Barry J. Reiter and John Swan. Toronto: Butterworths, 1980, pp. 313-55.....	368
Berger S. "The Application of the Cruel and Unusual Punishment Clause Under the Canadian Bill of Rights." (1978), 24 <i>McGill L.J.</i> 161.....	1087

Berger, Thomas R. "Forms of Support Orders Under the Divorce Act". In <i>Family Law: Dimensions of Justice</i> . Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 67-76.....	891
Blackstone, William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , vol. 4. Adapted by Robert Malcolm Kerr. Boston: Beacon Press, 1962.....	788
Blumrosen, Alfred W. "Quotas, Common Sense and Law in Labour Relations: Three Dimensions of Equal Opportunity". In <i>Some Civil Liberties Issues of the Seventies</i> . Edited by Walter S. Tarnopolsky. Toronto: Osgoode Hall Law School, York University, 1975.....	1144
Booth, V. E. Hartley. <i>British Extradition Law and Procedure</i> , vol. 1. Alphen Aan den Rijn (The Netherlands): Sijthoff & Noordhoff, 1980.....	551
Borrie, Sir Gordon and Nigel Lowe. <i>Borrie and Lowe's Law of Contempt</i> . 2nd ed. by Nigel Lowe. London: Butterworths, 1983.....	582
Boyle, Christine. <i>Sexual Assault</i> . Toronto: Carswells, 1984.....	940
Brown, Craig and Julio Menezes. <i>Insurance Law in Canada</i> . Toronto: Carswells, 1982.....	16
Buckley, R. A. <i>The Law of Nuisance</i> . London: Butterworths, 1981.....	916
Campbell, A. J. "Some Aspects of Insurable Interest" (1949), 27 <i>Can. Bar Rev.</i> 1.....	29
Canada. Canadian Sentencing Commission. Report of the Canadian Sentencing Commission. <i>Sentencing Reform: A Canadian Approach</i> . Ottawa. Canadian Government Publishing Centre, 1987.....	1081
Canada. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , fascicule n° 43 (22 janvier 1981), pp. 68 à 79.....	412
Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine: <i>Réformer la sentence: une approche canadienne</i> . Ottawa, Centre d'édition du gouvernement du Canada, 1987.....	1081
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Le droit de la famille</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1976.....	830
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Les divorcés et leur soutien</i> (Document de travail 12). Ottawa: 1975.....	854
Canada. <i>Debates of the House of Commons</i> , 6th Sess., 7th Parliament, 59 Vict. 1896, col. 2719, at 2724, March 3, 1896.....	1173
Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. <i>Les relations du travail au Canada: Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail</i> . Ottawa: Bureau du Conseil privé, 1968.....	369, 488
Canada. Law Reform Commission. <i>Family Law</i> , Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1976.....	830
Canada. Law Reform Commission. <i>Maintenance on Divorce</i> (Working Paper 12). Ottawa: 1975.....	854
Canada. <i>Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada</i> , 1980-1981.....	1163
Canada. Secrétariat d'État. <i>Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels: Rapport du Canada sur les articles 10 à 12</i> . Ottawa, 1982.....	350
Canada. Secretary of State. <i>International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Report of Canada on Articles 10 to 12</i> . Ottawa, 1982.....	350
Canada. Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons on the Constitution of Canada. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue No. 43 (January 22, 1981), pp. 68-79.....	412
Canada. Task Force on Labour Relations. <i>Canadian Industrial Relations: The Report of Task Force on Labour Relations</i> . Ottawa: Privy Council Office, 1968.....	369, 488
Carlson, Patricia. "Granting an Interlocutory Injunction: What is the Test?" (1982), 12 <i>Man. L.J.</i> 109.....	128
Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. <i>Collective Bargaining Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.....	369, 403

Carter, D. D. "Collective Bargaining and Income Restraint Programs: The Legal Issues". In <i>Recent Public Sector Restraint Programs: Two Views</i> . Reprint Series No. 53. Kingston: Queen's University, Industrial Relations Centre, 1984.....	446
Cavalluzzo, Paul. "Freedom of Association and the Right to Bargain Collectively". In <i>Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Edited by Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot. Toronto: Carswells, 1986.....	396
Cheshire, Geoffrey Chevalier, and Cecil H. Stuart Fifoot. <i>Law of Contract</i> , 10th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1981.....	767
<i>Chitty on Contracts</i> , vol. II, 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.....	96
Christie, Innis. <i>Employment Law in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1980.....	410
Clarke, Sir Edward. <i>A Treatise Upon the Law of Extradition</i> , 4th ed. London: Stevens & Haynes, 1903.....	524
Claydon, John. "International Human Rights Law and the Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1982), 4 <i>Supreme Court L.R.</i> 287.....	349
Coke, Sir Edward. <i>The Second Part of the Institutes of the Laws of England</i> . London: W. Clarke & Sons, 1817.....	645
Colinvaux, Raoul. <i>The Law of Insurance</i> , 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 1984.....	28
<i>Collective Bargaining in the Essential and Public Service Sectors</i> . Edited by Morley Gunderson. Toronto: University of Toronto Press, 1975.....	379
Cook, Gail C. A. "Economic Issues in Marriage Breakdown". In <i>Family Law: Dimensions of Justice</i> . Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 19-26.....	891
Côté, Pierre-André. "La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés," in <i>La Charte canadienne des droits et libertés: Concepts et impacts</i> . Montréal: Les Éditions Thémis, 1984.....	125
Couch, George James. <i>Cyclopedia of Insurance Law</i> , vol. 3, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1984.....	28
<i>Craies on Statute Law</i> , 7th ed. by S. G. G. Edgar. London: Sweet & Maxwell, 1971.....	166
Cross, Sir Rupert and Colin Tapper. <i>Cross on Evidence</i> , 6th ed. London: Butterworths, 1985.....	941
Cunningham, W. B. "Public Employment, Collective Bargaining and the Conventional Wisdom: Canada and U.S.A." (1966), 21 <i>Ind. Rel.</i> 406.....	379
Davis, Arthur Geoffrey. <i>The Law Relating to Commercial Letters of Credit</i> , 2nd ed. London: Isaac Pitman & Sons, Ltd., 1954.....	84
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , 1 ^{re} Sess., 32 ^e Légis., 31 Eliz. II, 1982, pp. 18878, 18879 et 19182 .444, 445, 455	
de Smith, Stanley Alexander. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.....	236
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.....	1134
East, Edward Hyde. <i>Pleas of the Crown</i> , vol. 1. London: A. Strahan, King's Printer, 1803.....	693
Ellinger, E. P. "Fraud in Documentary Credit Transactions," [1981] <i>J.B.L.</i> 258.....	72
Ellinger, E. P. <i>Documentary Letters of Credit</i> . Singapore: University of Singapore Press, 1970.....	82
Ellinger, E. P. "The Tender of Fraudulent Documents Under Documentary Letters of Credit" (1965), 7 <i>Malaya L. Rev.</i> 24.....	72
Emerson, Thomas I. "Freedom of Association and Freedom of Expression" (1964), 74 <i>Yale L.J.</i> 1.....	366, 395
<i>Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit commercial</i> , t. II, 2 ^e éd. Rubrique "Crédit documentaire". Paris: Dalloz, 1972.....	82
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 4th ed. Sydney: Law Book Co., 1971.....	912
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.....	916
Forde, M. "The European Convention on Human Rights and Labor Law" (1983), 31 <i>Am. J. Comp. L.</i> 301.....	355

Fox, Sir John Charles. <i>The History of Contempt of Court</i> . London: Professional Books, 1972.....	581
Gall, Peter A. "Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword". In <i>Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Edited by Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot. Toronto: Carswells, 1986.....	404
Garton, Graham. "Re Canadian Charter of Rights and Freedoms, S. 11(b): The Relevance of Pre-Charge Delay in Assessing the Right to Trial Within a Reasonable Time" (1984), 46 Nfld. & P.E.I.R. 177.....	607
Gelowitz, Mark A. "The Thatcher Appeal: A Question of Unanimity" (1986), 49 C.R. (3d) 129.....	696
Gibson, Dale. <i>The Law of the Charter: General Principles</i> . Calgary: Carswells, 1986.....	125, 277
Gower, L. C. B. <i>Modern Company Law</i> , 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.....	10
Great Britain. Advisory Group on the Law of Rape. <i>Report of the Advisory Group on the Law of Rape</i> . London: H.M.S.O., 1975.....	791
Greschner, Donna and Ken Norman. "Notes of Cases" (1985), 63 <i>Can. Bar Rev.</i> 805.....	1142
Gutteridge, Harold Cooke and Maurice Megrah. <i>The Law of Bankers' Commercial Credits</i> , 7th ed. London: Europa Publications Ltd., 1984.....	80
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 73, 3rd ed. London: Butterworths, 1954.....	403
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 3, 4th ed. London: Butterworths, 1973.....	211
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 24, 4th ed. London: Butterworths, 1979.....	126
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 27, 4th ed. London: Butterworths, 1981.....	1016
Hanbury, Harold Grenville and Ronald Harling Maudsley. <i>Modern Equity</i> , 12th ed. By Jill E. Martin. London: Stevens & Sons, 1985.....	128
Harfield, Henry. <i>Bank Credits and Acceptances</i> , 5th ed. New York: Ronald Press Co., 1974.....	75
Harfield, Henry. <i>Letters of Credit</i> . Philadelphia: American Law Institute — American Bar Association, Committee on Continuing Professional Education, 1979.....	75
Harnett, Bertram and John V. Thornton. "Insurable Interest in Property: A Socio-Economic Reevaluation of a Legal Concept", 48 <i>Columbia Law Rev.</i> 1162 (1948).....	16
Hasson, Reuben A. "Reform of the Law Relating to Insurable Interest in Property — Some Thoughts on <i>Chadwick v. Gibraltar General Insurance</i> " (1983-84), 8 <i>Can. Bus. L. J.</i> 114.....	29
Hoffmann, L. H. "Similar Facts After <i>Boardman</i> " (1975), 91 <i>L.Q.R.</i> 193.....	943
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.....	125, 638
House of Commons Debates, 1st Sess., 32nd Parl., 31 Eliz. II, 1982, pp. 18878, 18879 and 19182.....	444, 445, 455
International Labour Organization. <i>Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations</i> , Report III (Part 4(B)). International Labour Conference, 69th Session. Geneva: International Labour Office, 1983.....	356
International Labour Organization. <i>Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the I.L.O.</i> , 3rd ed. Geneva: International Labour Office, 1985.....	357, 486
International Labour Organization. <i>I.L.O. Official Bulletin</i> , vol. LXVIII, Series B, No. 3. Geneva: International Labour Office, 1985.....	358
International Labour Organization. <i>I.L.O. Official Bulletin: Special Supplement</i> , vol. LIV, No. 2. Geneva: International Labour Office, 1971.....	355
Jenks, C. Wilfred. <i>Human Rights and International Labour Standards</i> . London: Stevens & Sons Ltd., 1960...	395
Kahn-Freund, O. "Some Reflections on Company Law Reform" (1944), 7 <i>M.L.R.</i> 54.....	26
<i>Kahn-Freund's Labour and the Law</i> , 3rd ed. Edited by Paul Davies and Mark Freedland. London: Stevens & Sons, 1983.....	370
Keeton, Robert. <i>Basic Text on Insurance Law</i> . St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1971.....	20

Kozolchyk, Boris. <i>Commercial Letters of Credit in the Americas</i> . New York: Matthew Bender & Co., 1966....	82
Lacasse, Jean-Paul. "Réserve des trois chaînes et gestion du domaine public foncier au Québec" (1977), 8 <i>R.G.D.</i> 101.....	162
La Forest, Gérard Vincent. <i>Extradition To and From Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1977.....	514
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1982.....	916
MacFarlane, L. J. <i>The Theory and Practice of Human Rights</i> . New York: St. Martin's Press, 1985.....	395
MacKinnon, Peter. "Jury Unanimity: A Reply to Gelowitz and Stuart" (1986), 51 <i>C.R.</i> (3d) 134.....	699, 703
Magnet, Joseph Eliot. "Jurisdictional Fact, Constitutional Fact and the Presumption of Constitutionality" (1980), 11 <i>Man. L.J.</i> 21.....	133
<i>Maxwell on the Interpretation of Statutes</i> , 12th ed. by P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.....	166
McLeod, Roderick M., et al., eds. <i>The Canadian Charter of Rights: The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences</i> , vol. 1. Toronto: Carswells, 1983.....	125
McLeod, Roderick M. " <i>Aqua-Land Exploration Ltd. v. Guarantee Co. of North America et al.</i> : Insurable Interest in an Indemnity Policy" (1966), 24 <i>U. of T. Fac. Law Rev.</i> 154.....	29
Mill, John Stuart. <i>Principles of Political Economy</i> , vol. 2. New York: D. Appleton, 1893.....	365
Morissette, Yves-Marie. "The Exclusion of Evidence under the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> : What to Do and What Not to Do" (1984), 29 <i>McGill L.J.</i> 521.....	291
<i>Ninth Decennial Digest</i> , vol. 21. Part 1, American Digest System 1976-81. 'Insurance'. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1983.....	28
Note. "Dismissal of the Indictment as a Remedy for Denial of the Right to Speedy Trial" (1955), 64 <i>Yale L.J.</i> 1208.....	638
Note. "Fraud in the Transaction": Enjoining Letters of Credit During the Iranian Revolution," (1980), 93 <i>Harv. L. Rev.</i> 992.....	75
Organisation internationale du Travail. <i>Bulletin officiel du B.I.T.</i> , vol. LXVIII, Série B, n° 3, Genève: Bureau international du Travail, 1985.....	358
Organisation internationale du Travail. <i>Bulletin officiel du B.I.T.: Supplément spécial</i> , vol. LIV, n° 2, Genève: Bureau international du Travail, 1971.....	355
Organisation internationale du Travail. <i>La liberté syndicale: Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du B.I.T.</i> , 3 ^e éd. Genève: Bureau international du Travail, 1985.....	357, 486
Organisation internationale du Travail. <i>Liberté syndicale et négociation collective: Étude d'ensemble de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations</i> , Rapport III (Partie 4(B)). Conférence internationale du Travail, 69 ^e session. Genève: Bureau international du Travail, 1983...	356
Osieke, E. "The Exercise of the Judicial Function with Respect to the International Labour Organization" (1974-75), 47 <i>Brit. Y.B. Int'l L.</i> 315.....	355
Parker, Graham. "The "New" Sexual Offences" (1983), 31 <i>C.R.</i> (3d) 317.....	940
Payne, Julien D. "Approaches to Economic Consequences of Marriage Breakdown". In <i>Family Law: Dimensions of Justice</i> . Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 27-34.....	890
Payne, D. Julien. "Policy Objectives of Private Law Spousal Support Rights and Obligations". In <i>Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective</i> . Edited by K. Connell-Thouez and B. M. Knoppers. Toronto: Carswells, 1984, pp. 55-103.....	841
Phillips, O. Hood and Paul Jackson. <i>Constitutional and Administrative Law</i> , 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 1978.....	403
Pigeon, Louis-Philippe. <i>Rédaction et interprétation des lois</i> . Québec: Imprimeur de la Reine, 1965.....	165

Pollock, Sir Frederick and Frederic William Maitland. <i>The History of English Law</i> , vol. 1, 2nd ed., reissued. Cambridge: Cambridge University Press, 1968	210
Pomerleau, Manon. "La fraude du bénéficiaire du crédit documentaire irrévocable — Étude comparative en droit commercial international" (1984), 44 <i>R. du B.</i> 113	82
Raggi, Reena. "An Independent Right to Freedom of Association" (1977), 12 <i>Harv. C.R.-C.L.L. Rev.</i> 1	366, 398
Ramm, Th. <i>Federal Republic of Germany</i> . In <i>International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations</i> , vol. 5. Kluwer — The Netherlands, 1979	414
<i>Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires</i> (révision 1962), art. 3, 7, 9	67
<i>Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires</i> (révision 1974), art. 7	71, 99
<i>Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires</i> (révision 1983), art. 15	71
Rogers, Brian MacLeod and George W. Hately. "Getting the Pre-Trial Injunction" (1982), 60 <i>Can. Bar Rev.</i> 1	128
Russel, Sir William Oldnall. <i>Russell on Crime</i> , 10th ed. By J. W. Cecil Turner. London: Stevens & Sons Ltd., 1950	692
Sarna, Lazar. <i>Letters of Credit: The Law and Current Practice</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1986	82
Schneider, Alan A. "The Right to a Speedy Trial" (1968), 20 <i>Stan. L. Rev.</i> 476	638
Schopler, Ernest H. "Right to Assistance by Counsel in Administrative Proceedings" (1970), 22 <i>ALR3d</i> 229	235
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> . Toronto: Canada Law Book, 1983	128, 133
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , "Inquiry". Oxford: Clarendon Press, 1959	196
Stoufflet, Jean. <i>Le crédit documentaire</i> . Paris: Librairies Techniques, 1957	82
Street, Harry. <i>The Law of Torts</i> , 6th ed. London: Butterworths, 1976	914
Summers, Clyde W. "Freedom of Association and Compulsory Unionism in Sweden and the United States" (1964), 112 <i>U. Pa. L. Rev.</i> 647	398
Sutton, K. C. T. <i>Insurance Law in Australia and New Zealand</i> . Sydney: Law Book Co., 1980	28
Swan, Kenneth P. "Safety Belt or Strait-Jacket? Restrictions on the Scope of Public Sector Collective Bargaining". In <i>Essays in Collective Bargaining and Industrial Democracy</i> . Edited by Geoffrey England and George Lermer. Don Mills: CCH Canadian Ltd., 1983, pp. 21-42	384
Swan, Kenneth P. <i>The Search for Meaningful Criteria in Interest Arbitration</i> . Reprint Series No. 41. Kingston: Queen's University, Industrial Relations Centre, 1978	382
Tarnopolsky, Walter S. <i>Discrimination and the Law in Canada</i> . Toronto: R. De Boo, 1982.	1134
Tarnopolsky, Walter S. "Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where Do We Look for Guidance?" (1978), 10 <i>Ottawa L. Rev.</i> 1	1068, 1087
Taschereau, Henri Elzéar. <i>The Criminal Code of the Dominion of Canada</i> , 3rd ed. Toronto: Carswells, 1893 ..	692
"The Distinction Between Informing and Prosecutorial Investigations: A Functional Justification for 'Star Chamber' Proceedings" (1963), 72 <i>Yale L.J.</i> 1227	229
Tocqueville, Alexis de. <i>Democracy in America</i> . Edited by Phillips Bradley. New York: Alfred A. Knopf Inc., 1945	365, 395
Tocqueville, Alexis de. <i>De la Démocratie en Amérique</i> , Paris: Éditions M.-Th. Génin, Librairie de Médecis, 1951	365, 395
Treitel, G. H. <i>The Law of Contract</i> , 5th ed. London: Stevens & Sons, 1979	767
Treitel, G. H. <i>The Law of Contract</i> , 6th ed. London: Stevens & Sons, 1983	899
Tribe, Lawrence H. <i>American Constitutional Law</i> . Mineola: Foundation Press, 1978	345, 400
<i>Uniform Customs and Practice for Documentary Credits</i> (1962 Revision), art. 3, 7, 9	67
<i>Uniform Customs and Practice for Documentary Credits</i> (1974 Revision), art. 7	71

<i>Uniform Customs and Practice for Documentary Credits</i> (1983 Revision), art. 15	71
United Kingdom. House of Lords. <i>Parliamentary Debates</i> , 3rd. ser., vol. 185, col. 557, at p. 557, February 19, 1867	1173
Uviller, Richard. "Barker v. Wingo: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle" (1972), 72 <i>Colum. L. Rev.</i> 1376	608
Valticos, Nicolas. <i>Droit international du travail</i> , 2 ^e éd. Paris: Dalloz, 1983	355
Valticos, Nicolas. <i>International Labour Law</i> . Deventer, The Netherlands: Kluwer, 1979	355
Van Houten, Stephen H. "Letters of Credit and Fraud: A Revisionist View", (1984) 62 <i>Can. Bar Rev.</i> 371	76
Wade, Henry William Rawson. <i>Administrative Law</i> , 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1982	208
Watt, David. <i>The New Offences Against the Person : The Provisions of Bill C-127</i> . Toronto: Butterworths, 1984	940
Weiler, Joseph M. "The Regulation of Strikes and Picketing Under the Charter". In <i>Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Edited by Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot. Toronto: Carswells, 1986	417
Weiler, Paul. <i>Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law</i> . Toronto: Carswells, 1980	368, 415, 456
Wellington, Harry H. and Ralph K. Winter Jr. "The Limits of Collective Bargaining in Public Employment" (1969), 78 <i>Yale L.J.</i> 1107	379
Williams, Glanville. "Alternative Elements and Included Offences," [1984] <i>C.L.J.</i> 290	683
Williams, Glanville. <i>Criminal Law: The General Part</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1961	933
<i>Williams and Rhodes Canadian Law of Landlord and Tenant</i> , vol. 1, 5th ed. By F. W. Rhodes and Marc Casavan. Toronto: Carswells, 1983	1016
Wilson, Bertha. "The Variation of Support Orders". In <i>Family Law: Dimensions of Justice</i> . Edited by Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé. Toronto: Butterworths, 1983, pp. 35-67	845, 855
Ziegel, Jacob S. "Shareholder's Insurable Interest — Another Attempt to Scuttle the <i>Macaura v. Northern Assurance Co.</i> Doctrine: <i>Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.</i> " (1984), 62 <i>Can. Bar Rev.</i> 95	11

Edward Dewey Smith *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SMITH (EDWARD DEWEY)

File No.: 18561.

1985: December 10; 1987: June 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Minimum sentence for importing narcotics notwithstanding degrees of seriousness of the offence — Whether or not minimum sentence cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of Charter — If so, whether or not justifiable under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12 — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5(2).

Appellant pleaded guilty to importing seven and a half ounces of cocaine into Canada contrary to s. 5(1) of the *Narcotic Control Act*. Before submissions on sentencing were made the accused challenged the constitutional validity of the seven-year minimum sentence imposed by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* as being inconsistent with ss. 7, 9 and 12 of the *Charter*. The trial judge found the minimum mandatory imprisonment of seven years in s. 5(2) to be cruel and unusual punishment contrary to the *Charter* because of the potential disproportionality of the mandatory sentence. He nevertheless imposed an eight-year sentence. The Court of Appeal ruled that s. 5(2) was not inconsistent with the *Charter* and found the sentence imposed to be appropriate. The constitutional question before the Court was whether or not s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* was contrary to the *Charter*, and in particular, to ss. 7, 9 and 12.

Held (McIntyre J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Lamer J.: The minimum sentence provided for by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Edward Dewey Smith *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. SMITH (EDWARD DEWEY)

b

N° du greffe: 18561.

1985: 10 décembre; 1987: 25 juin.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Prescription d'une peine minimale pour l'importation de stupéfiants indépendamment de la gravité de l'infraction — La peine minimale est-elle cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12 — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 5(2).

L'appellant a plaidé coupable à l'accusation d'importation au Canada de sept onces et demie de cocaïne, contrairement au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*. Avant que ne soient faites les représentations sur la sentence, l'accusé a contesté la constitutionnalité de la peine minimale de sept ans qu'impose le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, pour le motif qu'elle est incompatible avec les art. 7, 9 et 12 de la *Charte*. Le juge de première instance a conclu que l'emprisonnement obligatoire minimum de sept ans que prescrit le par. 5(2) constitue une peine cruelle et inusitée contraire à la *Charte*, en raison de la disproportion potentielle de la peine obligatoire. Il a néanmoins infligé une peine de huit ans. La Cour d'appel a décidé que le par. 5(2) n'est pas incompatible avec la *Charte* et a conclu que la sentence imposée était appropriée. La question constitutionnelle dont la Cour est saisie est de savoir si le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* est contraire à la *Charte* et, en particulier, aux art. 7, 9 et 12.

Arrêt (le juge McIntyre est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et le juge Lamer: La peine minimale prescrite par le par. 5(2) de la *Loi sur les*

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

breaches s. 12 of the *Charter* and this breach is not justified under s. 1.

The undisputed fact that the purpose of s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* is constitutionally valid is not a bar to an analysis of s. 5(2) in order to determine if the mandatory minimum sentence will oblige the judge to impose a cruel and unusual punishment and thereby is a *prima facie* violation of s. 12; if it is, it must be reconsidered under s. 1 as to purpose and any other considerations relevant to determining whether the impugned legislation may be salvaged.

The protection offered by s. 12 of the *Charter* governs the quality of the punishment and is concerned with the effect that the punishment may have on the person on whom it is imposed. The test for review under s. 12 of the *Charter* is one of gross disproportionality because s. 12 is aimed at punishments more than merely excessive. The court in assessing whether a sentence is grossly disproportionate must consider the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender, and the particular circumstances of the case to determine what range of sentences would have been appropriate to punish, rehabilitate, deter or protect society from this particular offender. The court must also measure the effect of the sentence, which is not limited to its quantum or duration but includes also its nature and the conditions under which it is applied. The determination of whether the punishment is necessary to achieve a valid penal purpose, whether it is founded on recognized sentencing principles and whether valid alternative punishments exist, are all guidelines, not determinative of themselves, to help assess whether a sentence is grossly disproportionate. Arbitrariness is a minimal factor in determining whether a punishment or treatment is cruel and unusual.

The minimum term of imprisonment provided for by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* fails the proportionality test and therefore *prima facie* infringes the guarantees established by s. 12 of the *Charter*. A minimum mandatory term of imprisonment is not in and of itself cruel and unusual. The Legislature may provide for a compulsory term of imprisonment upon conviction for certain offences without infringing the rights protected by s. 12 of the *Charter*. A guilty verdict under s. 5(1), however, will inevitably lead to the imposing of a totally disproportionate term of imprisonment for s. 5(1) covers many substances of varying degrees of danger, totally disregards the quantity imported and treats as irrelevant the reason for importing and the existence of any previ-

*stupéfiant*s viole l'art. 12 de la *Charte* et cette violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Le fait incontesté que l'objet du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiant*s est constitutionnel n'empêche pas d'analyser ce paragraphe afin de déterminer si la peine minimale prescrite a pour effet d'obliger le juge à imposer une peine cruelle et inusitée, et si elle viole ainsi à première vue l'art. 12; dans l'affirmative, il doit être réexaminé, en vertu de l'article premier, sous l'angle de son objet et de toute autre considération utile pour déterminer si la loi attaquée peut être sauvagée.

La protection accordée par l'art. 12 de la *Charte* régit la qualité de la peine et vise l'effet que la peine peut avoir sur la personne à qui elle est infligée. Le critère applicable à l'examen en vertu de l'art. 12 de la *Charte* est celui de la disproportion exagérée, étant donné que cet article vise les peines qui sont plus que simplement excessives. En vérifiant si une peine est exagérément disproportionnée, le tribunal doit 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 la société contre ce dernier. Le tribunal doit aussi évaluer l'effet de la peine qui ne se limite pas à l'importance ou à la durée de cette peine, mais comprend aussi sa nature et les circonstances dans lesquelles elle est imposée. Les questions de savoir si la peine est nécessaire pour atteindre un objectif pénal régulier, si elle est fondée sur des principes reconnus en matière de détermination de la sentence et s'il existe des solutions de rechange valables à la peine imposée, constituent des lignes directrices qui, sans être décisives en elles-mêmes, aident à vérifier si la peine est exagérément disproportionnée. Le caractère arbitraire constitue un facteur minime pour ce qui est de déterminer si une peine ou un traitement est cruel et inusité.

La peine minimale d'emprisonnement prescrite par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiant*s n'est pas conforme au critère de la proportionnalité et viole donc à première vue les garanties établies par l'art. 12 de la *Charte*. Une peine minimale obligatoire d'emprisonnement n'est pas cruelle et inusitée en soi. Le législateur peut prescrire une peine obligatoire d'emprisonnement dans le cas d'une déclaration de culpabilité de certaines infractions sans porter atteinte aux droits garantis par l'art. 12 de la *Charte*. Cependant, un verdict de culpabilité en vertu du par. 5(1) entraînera inévitablement l'imposition d'une peine d'emprisonnement tout à fait disproportionnée, car le par. 5(1) vise de nombreuses substances plus ou moins dangereuses, ne tient absolument pas compte de la

ous convictions. The effect of the minimum is to insert the certainty that, in some cases, a violation will occur on conviction. It is this certainty, and not just the potential, which causes s. 5(2) to violate *prima facie* s. 12. The minimum must, subject to s. 1, be declared of no force or effect.

The section cannot be salvaged by relying on the discretion of the prosecution not to charge for importation in those cases where conviction, in the opinion of the prosecution, would result in a violation of the *Charter*. To do so would be to disregard totally s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

The section, too, cannot be salvaged under s. 1 of the *Charter*. The first criterion under s. 1 was met: the fight against the importing and trafficking of hard drugs is an objective of sufficient importance to override a constitutionally protected right. The second criterion—proportionality of the means chosen—was not met. The minimum will surely deter people from importing narcotics. However, it is not necessary to sentence the small offenders to seven years in prison in order to deter the serious offender.

Per Wilson J.: Section 12 of the *Charter*, although primarily concerned with the nature or type of treatment or punishment, is not confined to punishments which are in their nature cruel and extends to those that are “grossly disproportionate”. The mandatory imposition of the minimum seven-year sentence provided in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* on a youthful offender with no previous record would contravene s. 12 of the *Charter* in that it would be a cruel and unusual punishment “so excessive as to outrage standards of decency”. The mandatory feature of s. 5(2) is not saved by s. 1 because the means employed to achieve the legitimate government objective of controlling the importation of drugs impairs the right protected by s. 12 of the *Charter* to a greater degree than necessary.

The arbitrary nature of the mandatory minimum sentence is fundamental to its designation as cruel and unusual under s. 12 of the *Charter*. The seven-year minimum sentence is not *per se* cruel and unusual but it becomes so because it must be imposed regardless of the circumstances of the offence or the offender. Its arbitrary imposition will inevitably result in some cases in a legislatively ordained grossly disproportionate sentence.

quantité de drogue importée et juge sans importance le motif de l'importation et l'existence de condamnations antérieures. Le minimum a pour effet de créer la certitude que, dans certains cas, dès qu'il y aura déclaration de culpabilité, la violation se produira. C'est cet élément de certitude, et non uniquement la potentialité, qui fait que le par. 5(2) viole à première vue l'art. 12. Le minimum doit, sous réserve de l'article premier, être déclaré inopérant.

L'article ne peut être sauvegardé en invoquant le pouvoir discrétionnaire qu'a le ministère public de ne pas porter d'accusation d'importation dans les cas où il estime que cela entraînerait une violation de la *Charte*. Ce serait là ignorer totalement l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'article ne saurait pas plus être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le premier critère applicable en vertu de l'article premier est respecté: la lutte contre l'importation et le trafic des drogues dures est un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Le second critère, savoir la proportionnalité du moyen choisi, ne l'est pas. Le minimum a sûrement pour effet de dissuader les gens d'importer des stupéfiants. Cependant, il n'est pas nécessaire de condamner les petits contrevenants à sept ans de prison pour dissuader l'auteur d'une infraction grave.

Le juge Wilson: L'article 12 de la *Charte*, s'il porte avant tout sur la nature ou le type de traitement ou de peine, n'est pas limité aux peines cruelles par nature mais vise aussi celles qui sont «exagérément disproportionnées». L'imposition obligatoire de la peine minimale de sept ans prévue au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* à un jeune contrevenant sans antécédents judiciaires contreviendrait à l'art. 12 de la *Charte* en ce sens qu'elle constituerait une peine cruelle et inusitée, «excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine». L'article premier ne permet pas de sauvegarder le par. 5(2), dans la mesure où ce paragraphe ne donne pas le choix, parce que le moyen utilisé pour atteindre l'objectif gouvernemental légitime de refréner l'importation de drogues porte atteinte, plus qu'il n'est nécessaire, aux droits garantis par l'art. 12 de la *Charte*.

La nature arbitraire de la peine minimale obligatoire est fondamentale pour ce qui est de la qualifier de cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte*. La peine minimale de sept ans n'est en soi ni cruelle ni inusitée, mais elle le devient du fait qu'elle doit être imposée sans égard aux circonstances de l'infraction ni à la situation du contrevenant. Son imposition arbitraire entraîne inévitablement, dans certains cas, une sentence exagérément disproportionnée prescrite par la loi.

Some punishments may be cruel and unusual within the meaning of s. 12 without being arbitrarily imposed while others may be arbitrary within the meaning of s. 9 without also being cruel and unusual. Sections 9 and 12 are not mutually exclusive.

Per Le Dain J.: Imprisonment for seven years for the unauthorized importation or exportation of a small quantity of cannabis for personal use would be cruel and unusual punishment within the meaning of s. 12 of the *Charter* and for this reason the words "but not less than seven years" in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* must be held to be of no force or effect. Notwithstanding his conclusion to the contrary, the test for cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter* should generally be that of McIntyre J., including his approach to the application of disproportionality and arbitrariness. Punishment found to be cruel and unusual could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

The mandatory minimum sentence of seven years' imprisonment cannot be held to be valid on its face because of the general seriousness of the offence created by s. 5(1), subject to the power of a court to find that it is constitutionally inapplicable in a particular case. Such an approach must be rejected because of the uncertainty it would create and the prejudicial effects which the assumed validity or application of the mandatory minimum sentence provision might have in particular cases. In coming to this conclusion no assumption is made as to whether the mandatory minimum sentence provision in s. 5(2) might be restructured in such a manner, with distinctions as to nature of narcotic, quantities, purpose and possibly prior conviction, as to survive further challenge and still be a feasible and workable legislative alternative with respect to the suppression of a complex and multi-faceted phenomenon.

With respect to the question of interest or standing, an accused should be recognized as having standing to challenge the constitutional validity of a mandatory minimum sentence, whether or not, as applied to his case, it would result in cruel and unusual punishment. In such a case the accused has an interest in having the sentence considered without regard to a constitutionally invalid mandatory minimum sentence provision.

Per La Forest J.: While in substantial agreement with Lamer J., nothing was said about the role of arbitrariness in determining whether there has been cruel and unusual treatment or punishment.

Certaines peines peuvent être cruelles et inusitées au sens de l'art. 12 sans être imposées arbitrairement, alors que d'autres peuvent être arbitraires au sens de l'art. 9 sans pour autant être cruelles et inusitées. Les articles 9 et 12 ne s'excluent pas mutuellement.

Le juge Le Dain: La peine de sept ans d'emprisonnement pour l'importation ou l'exportation illicite d'une faible quantité de cannabis destinée à l'usage personnel serait cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* et, pour cette raison, les mots «mais encourt un emprisonnement d'au moins sept ans», figurant au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, doivent être déclarés inopérants. Malgré la conclusion à laquelle il arrive, le critère applicable pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* devrait, en général, être celui formulé par le juge McIntyre, y compris la façon dont il aborde l'application des critères du caractère disproportionné et du caractère arbitraire. Une peine jugée cruelle et inusitée ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

La peine minimale obligatoire de sept ans d'emprisonnement ne saurait être jugée valide à première vue en raison de la gravité générale de l'infraction créée par le par. 5(1), sous réserve du pouvoir que détiennent les tribunaux de conclure qu'elle va à l'encontre de la Constitution dans un cas donné. Une telle solution doit être rejetée en raison de l'incertitude qu'elle créerait et des effets préjudiciables que pourrait avoir, dans des cas particuliers, la présomption de la validité ou de l'applicabilité de la peine minimale obligatoire. En arrivant à cette conclusion, aucune hypothèse n'est formulée quant à savoir si la disposition du par. 5(2) qui prescrit la peine minimale obligatoire, pourrait être ainsi restructurée, avec des distinctions quant à la nature et à la quantité des stupéfiants, quant au but de la possession de ceux-ci et peut-être aussi quant aux déclarations de culpabilité antérieures, de manière à pouvoir résister à toute attaque future tout en conservant son caractère de mesure législative pratique et utile permettant la répression d'un phénomène complexe et multidimensionnel.

En ce qui concerne la question de l'intérêt ou de la qualité pour agir, on devrait reconnaître à un accusé la qualité pour contester la constitutionnalité d'une peine minimale obligatoire, indépendamment de la question de savoir si, dans son cas, cette peine serait cruelle et inusitée. Dans un tel cas, l'accusé a intérêt à ce que la peine soit considérée sans égard à une disposition inconstitutionnelle qui prescrit une peine minimale obligatoire.

Le juge La Forest: Tout en étant essentiellement d'accord avec le juge Lamer, rien n'a été dit au sujet du rôle que joue le caractère arbitraire lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu imposition d'une peine ou d'un traitement cruel et inusité.

Per McIntyre J. (dissenting): Section 12 of the *Charter* is a special constitutional provision which is not concerned with general principles of sentencing or with related social problems. Its function is to provide the constitutional outer limit beyond which Parliament, or those acting under parliamentary authority, may not go in imposing punishment or treatment respecting crime or penal detention. Parliament retains, while acting within the limits so prescribed, a full discretion to enact laws and regulations concerning sentencing and penal detention. The courts, on the other hand, in the actual sentencing process have a duty to prevent an incursion into the field of cruel and unusual treatment or punishment and, where there has been no such incursion, to impose appropriate sentences within the permissible limits established by Parliament. In so doing, the courts will apply the general principles of sentencing accepted in the courts in an effort to make the punishment fit the crime and the individual criminal.

The *Charter* right to be free from cruel and unusual punishment or treatment is absolute. The concept is a "compendious expression of a norm" drawn from evolving standards of decency and has been judicially broadened to encompass not only the quality or nature of punishment but also extent or duration under the heading of proportionality. (Proportionality is to be determined on a general rather than an individual basis.) The inclusion of the word "treatment" in the *Charter* has advanced this broadening process for the nature and quality of treatment or conditions under which a sentence is served are now subject to the proscription.

A punishment will be cruel and unusual and violate s. 12 of the *Charter* if it has any one or more of the following characteristics:

- (1) The punishment is of such character or duration as to outrage the public conscience or be degrading to human dignity;
- (2) The punishment goes beyond what is necessary for the achievement of a valid social aim, having regard to the legitimate purposes of punishment and the adequacy of possible alternatives; or
- (3) The punishment is arbitrarily imposed in the sense that it is not applied on a rational basis in accordance with ascertained or ascertainable standards.

Appellant would not be able to show that the minimum punishment in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* would outrage the public conscience or be degrading to

Le juge McIntyre (dissident): L'article 12 de la *Charte* est une disposition constitutionnelle spéciale qui n'a rien à voir avec les principes généraux de la détermination de la peine ni avec les problèmes sociaux connexes. Il a pour fonction de fixer des bornes constitutionnelles que le Parlement ou les personnes agissant sous son autorité ne peuvent dépasser en imposant une peine ou un traitement relativement aux crimes ou à l'incarcération. Lorsqu'il agit à l'intérieur des limites ainsi fixées, le Parlement conserve un pouvoir discrétionnaire complet d'adopter des lois et des règlements en matière de détermination de la peine et d'incarcération. Par contre, les tribunaux ont le devoir, lorsqu'ils fixent une peine, d'empêcher toute incursion dans le domaine des traitements ou peines cruels et inusités et lorsqu'aucune incursion de ce genre n'a eu lieu, ils ont le devoir d'imposer la peine appropriée selon les limites acceptables fixées par le Parlement. Ce faisant, les tribunaux appliqueront les principes généraux reconnus en matière de détermination de la peine afin de tenter d'adapter la peine à l'infraction commise et au criminel.

Le droit que confère la *Charte* à la protection contre tout traitement ou peine cruel et inusité est absolu. Cette notion est «la formulation concise d'une norme» qui reflète l'évolution des normes de la décence, et des décisions judiciaires l'ont élargi de manière à comprendre non seulement la qualité ou la nature de la peine mais également, sous l'angle de la proportionnalité, sa sévérité ou sa durée. (La proportionnalité doit être déterminée sur une base générale et non individuelle.) La *Charte* a élargi davantage cette notion en incluant dans l'art. 12 le mot «traitements», puisque la nature et la qualité du traitement ou les conditions dans lesquelles une peine est purgée sont désormais visées par l'interdiction.

Une peine est cruelle et inusitée et porte atteinte à l'art. 12 de la *Charte* si elle présente une ou plusieurs des caractéristiques suivantes:

- (1) La peine, de par sa nature ou sa durée, choque la conscience collective ou porte atteinte à la dignité humaine;
- (2) La peine va au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif social régulier, compte tenu des objectifs pénaux légitimes et du caractère adéquat des solutions de rechange possibles; ou
- (3) La peine est infligée arbitrairement en ce sens qu'elle n'est pas infligée sur une base rationnelle conformément à des normes vérifiées ou vérifiables.

L'appelant a été incapable d'établir que la peine minimale du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* choque la conscience collective ou porte atteinte à la

human dignity, especially when it is considered in the light of the other sentences currently provided for in Canadian law, the length of the sentence actually to be served, and the seriousness of the offence. This sentence did not go beyond what is necessary to achieve the valid social aim of deterring the traffic in drugs; Parliament considered the matter carefully and extensively and there was a want of evidence before the Court as to adequate alternatives capable of realizing this valid social aim. Finally, this punishment was imposed in accordance with standards or principles rationally connected to the purposes of the legislation.

Parliament, in legislating a minimum sentence, merely concluded that the gravity of the offence alone warranted that sentence. The legislation does not restrain the discretion of the trial judge to weigh and consider the circumstances of the offence in determining the length of sentence and it cannot be considered arbitrary and therefore cruel and unusual.

As far as arbitrariness may arise in the actual sentencing process, judicial error will not affect constitutionality and would, ordinarily, be correctable on appeal.

Appellant could not succeed under s. 7 of the *Charter*. Section 7 sets out broad and general rights which often extend over the same ground as other rights set out in the *Charter*. These rights cannot be read so broadly as to render other rights nugatory, and for this reason, s. 7 cannot raise any rights or issues not already considered under s. 12.

Cases Cited

By Lamer J.

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **considered:** *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, aff'g [1975] 6 W.W.R. 1, (1975), 24 C.C.C. (2d) 401; *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23, rev'g (1976), 29 C.C.C. (2d) 199; **referred to:** *Bell v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 471; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Dick, Penner and Finnigan*, [1965] 1 C.C.C. 171; *Ex parte Kleinys*, [1965] 3 C.C.C. 102; *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343; *R. v. Natrall* (1972), 32 D.L.R. (3d) 241; *Ex parte Matticks* (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 (S.C.C.), aff'g (1972), 10 C.C.C. (2d) 438; *Pearson v. Lecorre*, Supreme Court of Canada, October 3, 1973, unreported; *R. v. Hatchwell*, [1976] 1 S.C.R. 39, affirming (1973), 14 C.C.C. (2d) 556; *Re Rojas and The Queen* (1978),

dignité humaine spécialement lorsqu'on la considère en fonction des autres peines que prévoit actuellement le droit canadien, de la durée de la peine qui sera réellement purgée ainsi que de la gravité de l'infraction. Cette peine ne va pas au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif social régulier de dissuader les gens de s'adonner au trafic de la drogue; le Parlement a procédé à un examen détaillé et approfondi de la question et la Cour n'a été saisie d'aucun élément de preuve quant à l'existence de solutions de rechange adéquates qui permettraient de réaliser cet objectif social régulier. Enfin, la peine a été imposée conformément à des normes ou à des principes qui ont un lien rationnel avec les objectifs de la mesure législative.

Le Parlement, en fixant une peine minimale, a simplement conclu que la gravité de l'infraction justifiait à elle seule cette peine. La loi ne limite pas le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'examiner et d'évaluer les circonstances de l'infraction pour déterminer la durée de la peine et elle ne peut pas être considérée comme arbitraire et donc comme cruelle et inusitée.

Dans la mesure où le processus même de détermination de la peine peut devenir arbitraire, une erreur judiciaire n'influe pas sur la constitutionnalité et peut normalement être corrigée en appel.

L'appelant ne peut invoquer avec succès l'art. 7 de la *Charte*. L'article 7 proclame des droits de nature générale et de portée très large qui recourent parfois les autres droits énoncés dans la *Charte*. On ne saurait donner à ces droits une interprétation large au point de rendre nuls les autres droits et, pour cette raison, l'art. 7 ne peut soulever des droits ou des questions qui n'ont pas déjà été examinés dans le contexte de l'art. 12.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts examinés:** *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, conf. [1975] 6 W.W.R. 1, (1975), 24 C.C.C. (2d) 401; *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23, inf. (1976), 29 C.C.C. (2d) 199; **arrêts mentionnés:** *Bell c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 471; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. v. Dick, Penner and Finnigan*, [1965] 1 C.C.C. 171; *Ex parte Kleinys*, [1965] 3 C.C.C. 102; *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343; *R. v. Natrall* (1972), 32 D.L.R. (3d) 241; *Ex parte Matticks* (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 (S.C.C.), conf. (1972), 10 C.C.C. (2d) 438; *Pearson c. Lecorre*, Cour suprême du Canada, le 3 octobre 1973, inédit; *R. c. Hatchwell*, [1976] 1 R.C.S. 39, conf. (1973), 14 C.C.C. (2d) 556; *Re Rojas and The*

40 C.C.C. (2d) 316; *R. v. Buckler*, [1970] 2 C.C.C. 4; *Dowhopoluk v. Martin* (1971), 23 D.L.R. (3d) 42; *R. v. Roestad* (1971), 5 C.C.C. (2d) 564; *McCann v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 570, 29 C.C.C. (2d) 337; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *Belliveau v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 384, 13 C.C.C. (3d) 138; *Piche v. Solicitor-General of Canada* (1984), 17 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *R. v. Morrison*, Ont. Co. Ct., Judge Mossop, July 7, 1983, unreported; *In re Gittens*, [1983] 1 F.C. 152, 68 C.C.C. (2d) 438; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49; *R. v. Simon (No. 3)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 557; *R. v. Kroeger* (1984), 13 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Krug* (1982), 7 C.C.C. (3d) 324; *R. v. Slaney* (1985), 22 C.C.C. (3d) 240; *R. v. Randall and Weir* (1983), 7 C.C.C. (3d) 363; *R. v. Lewis* (1984), 12 C.C.C. (3d) 353; *R. v. Lyons* (1984), 15 C.C.C. (3d) 129; *R. v. Guiller*, Ont. Dist. Ct., Borins Dist. Ct. J., September 23, 1985, unreported; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

By Wilson J.

Referred to: *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.

By McIntyre J. (dissenting)

R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969); *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1971); *Hobbs v. State*, 32 N.E. 1019 (1893); *McCann v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 570, 29 C.C.C. (2d) 337; *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, aff'g [1975] 6 W.W.R. 1, (1975), 24 C.C.C. (2d) 401; *R. v. Bruce, Wilson and Lucas* (1977), 36 C.C.C. (2d) 158; *In re Gittens*, [1983] 1 F.C. 152, 68 C.C.C. (2d) 438; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49; *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958); *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23; *Re Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977); *People v. Broadie*, 371 N.Y.S.2d 471 (1975); *Carmona v. Ward*, 576 F.2d 405 (1978); *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977); *R. v. Shand* (1976), 29 C.C.C. (2d) 199 (Ont. Co. Ct.); *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49 (1949); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *R. v. Simon (No. 1)*

Queen (1978), 40 C.C.C. (2d) 316; *R. v. Buckler*, [1970] 2 C.C.C. 4; *Dowhopoluk v. Martin* (1971), 23 D.L.R. (3d) 42; *R. v. Roestad* (1971), 5 C.C.C. (2d) 564; *McCann c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 570, 29 C.C.C. (2d) 337; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *Belliveau c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 384, 13 C.C.C. (3d) 138; *Piche v. Solicitor-General of Canada* (1984), 17 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *R. v. Morrison*, C. de cté Ont., le juge Mossop, le 7 juillet 1983, inédit; *In re Gittens*, [1983] 1 C.F. 152, 68 C.C.C. (2d) 438; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49; *R. v. Simon (No. 3)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 557; *R. v. Kroeger* (1984), 13 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Krug* (1982), 7 C.C.C. (3d) 324; *R. v. Slaney* (1985), 22 C.C.C. (3d) 240; *R. v. Randall and Weir* (1983), 7 C.C.C. (3d) 363; *R. v. Lewis* (1984), 12 C.C.C. (3d) 353; *R. v. Lyons* (1984), 15 C.C.C. (3d) 129; *R. v. Guiller*, C. de dist. Ont., le juge Borins, le 23 septembre 1985, inédit; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

Citée par le juge McIntyre (dissent)

R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969); *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1971); *Hobbs v. State*, 32 N.E. 1019 (1893); *McCann c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 570, 29 C.C.C. (2d) 337; *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, conf. [1975] 6 W.W.R. 1, (1975), 24 C.C.C. (2d) 401; *R. v. Bruce, Wilson and Lucas* (1977), 36 C.C.C. (2d) 158; *In re Gittens*, [1983] 1 C.F. 152, 68 C.C.C. (2d) 438; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49; *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958); *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23; *Re Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977); *People v. Broadie*, 371 N.Y.S.2d 471 (1975); *Carmona v. Ward*, 576 F.2d 405 (1978); *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977); *R. v. Shand* (1976), 29 C.C.C. (2d) 199 (C. cté Ont.); *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49 (1949); *Roncarelli v. Duplessis*,

(1982), 68 C.C.C. (2d) 86; *Levitz v. Ryan*, [1972] 3 O.R. 783.

Statutes and Regulations Cited

Bill of Rights, (Eng.), 1 Wm. & M. sess. 2, c. 2, s. 10.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(a), (b).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 7, 9, 12.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Constitution of the United States of America, Eighth Amendment, Fourteenth Amendment.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 219, 294, 303, 306, 325, 361.
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222 (1950), art. 3.
International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc A/6316 (1966), art. 7.
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288.
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 2, 4, 5(1), (2).
Parole Act, R.S.C. 1970, c. P-2, s. 15, as am.
Parole Regulations, SOR/78-428, ss. 5, 9, as am.
Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6, s. 24, as am.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc A/810, at 71 (1948), art. 5.

Authors Cited

Berger S. "The Application of the Cruel and Unusual Punishment Clause Under the Canadian Bill of Rights" (1978), 24 *McGill L.J.* 161.
 Canada. Canadian Sentencing Commission. Report of the Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa. Canadian Government Publishing Centre, 1987.
 Tarnopolsky, W. S. "Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where Do We Look for Guidance?" (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 1.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1984), 11 C.C.C. (3d) 411, 39 C.R. (3d) 305, dismissing an appeal from sentence imposed by Wetmore Co. Ct. J. and overturning his ruling finding s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* to be a contravention of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,

[1959] R.C.S. 121; *R. v. Simon (No. 1)* (1982), 68 C.C.C. (2d) 86; *Levitz v. Ryan*, [1972] 3 O.R. 783.

Lois et règlements cités

a *Bill of Rights*, (Angl.), 1 Wm. & M. sess. 2, chap. 2, art. 10.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 7, 9, 12.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 219, 294, 303, 306, 325, 361.
 b *Constitution des États-Unis d'Amérique*, Huitième amendement, Quatorzième amendement.
Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223 (1950), art. 3.
 c *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, art. 2a), b).
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 5.
 d *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.
Loi sur la libération conditionnelle de détenus, S.R.C. 1970, chap. P-2, art. 15 et mod.
Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, chap. P-6, art. 24 et mod.
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2, 4, 5(1), (2).
 e *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 288.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, A.G. Rés. 2200 A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), art. 7.
 f *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, DORS/78-428, art. 5, 9 et mod.

Doctrine citée

Berger S. «The Application of the Cruel and Unusual Punishment Clause Under the Canadian Bill of Rights» (1978), 24 *McGill L.J.* 161.
 Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine: *Réformer la sentence: une approche canadienne*. Ottawa, Centre d'édition du gouvernement du Canada, 1987.
 Tarnopolsky, W. S. «Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where Do We Look for Guidance?» (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 1.
 i POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1984), 11 C.C.C. (3d) 411, 39 C.R. (3d) 305, qui a rejeté l'appel de la peine infligée par le juge Wetmore de la Cour de comté et renversé la décision du juge Wetmore portant que le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* est contraire à l'art. 12 de la *Charte cana-*

and hence of no force or effect. Appeal allowed, McIntyre J. dissenting.

A. P. Serka and *Ann Cameron*, for the appellant.

S. David Frankel and *James A. Wallace*, for the respondent.

John C. Pearson, for the intervener the Attorney General for Ontario.

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

LAMER J.—

Introduction

Those who import and market hard drugs for lucre are responsible for the gradual but inexorable degeneration of many of their fellow human beings as a result of their becoming drug addicts. The direct cause of the hardship cast upon their victims and their families, these importers must also be made to bear their fair share of the guilt for the innumerable serious crimes of all sorts committed by addicts in order to feed their demand for drugs. Such persons, with few exceptions (as an example, the guilt of addicts who import not only to meet but also to finance their needs is not necessarily the same in degree as that of cold-blooded non-users), should, upon conviction, in my respectful view, be sentenced to and actually serve long periods of penal servitude. However, a judge who would sentence to seven years in a penitentiary a young person who, while driving back into Canada from a winter break in the U.S.A., is caught with only one, indeed, let's postulate, his or her first "joint of grass", would certainly be considered by most Canadians to be a cruel and, all would hope, a very unusual judge.

Yet, there is a law in Canada, s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, that gives no judge in the land any other choice.

dienné des droits et libertés et est donc inopérant. Pourvoi accueilli, le juge McIntyre est dissident.

A. P. Serka et *Ann Cameron*, pour l'appelant.

S. David Frankel et *James A. Wallace*, pour l'intimée.

John C. Pearson, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

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

LE JUGE LAMER—

Introduction

Ceux qui cèdent à l'appât du gain en important et en vendant des drogues dures sont responsables de la dégénérescence progressive mais inexorable d'un bon nombre de leurs semblables, en raison de l'état de dépendance vis-à-vis de la drogue qui se crée chez ces derniers. Du fait qu'ils constituent la cause directe des épreuves que subissent leurs victimes et leurs familles, on doit faire en sorte que ces importateurs assument eux aussi leur juste part de culpabilité pour toutes les sortes de crimes graves innombrables que commettent les toxicomanes en vue de satisfaire à leur besoin de drogue. Avec égards, j'estime que de telles personnes, à quelques rares exceptions près (comme par exemple la culpabilité des toxicomanes qui s'adonnent à l'importation non seulement pour répondre à leurs propres besoins mais aussi pour les défrayer, n'est pas nécessairement aussi grande que celle des non-utilisateurs insensibles), si elles sont déclarées coupables, devraient être condamnées et purger effectivement de longues périodes d'incarcération. Toutefois, la plupart des Canadiens considéreraient cruel, et voire même, très étrange qu'un juge condamne à sept ans de pénitencier la jeune personne qui, à son retour en voiture au Canada après avoir passé son congé de mi-session d'hiver aux États-Unis, aurait été surprise en possession d'un seul, et même, postulons-le, de son premier «joint de mari».

Et pourtant, il existe au Canada une règle de droit, soit le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, qui ne laisse à aucun juge du pays d'autre choix.

Section 5 of the *Narcotic Control Act* reads as follows:

5. (1) Except as authorized by this Act or the regulations, no person shall import into Canada or export from Canada any narcotic.

(2) Every person who violates subsection (1) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life but not less than seven years.

While no such case has actually occurred to my knowledge, that is merely because the Crown has chosen to exercise favourably its prosecutorial discretion to charge such a person not with the offence that that person has really committed, but rather with a lesser offence. However, the potential that such a person be charged with importing is there lurking. Added to that potential is the certainty that upon conviction a minimum of seven years' imprisonment will have to be imposed. It is because of that certainty that I find that the minimum mandatory imprisonment found in s. 5(2) is in violation of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees to each and every one of us that we shall not be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

The appellant returned to Canada from Bolivia with seven and a half ounces of 85 to 90 percent pure cocaine secreted on his person. He pleaded guilty in the County Court of Vancouver, B.C., to importing a narcotic contrary to s. 5(1) of the *Narcotic Control Act* and was sentenced to eight years in the penitentiary.

The Issue

The following constitutional question which was stated by the Chief Justice is, as a result of appellant's having abandoned all others at the hearing, the only issue in this Court:

Whether the mandatory minimum sentence of seven years prescribed by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 is contrary to, infringes, or denies the rights and guarantees contained in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and in particular the rights contained in ss. 7, 9 and 12 thereof?

L'article 5 de la *Loi sur les stupéfiants* se lit ainsi:

5. (1) Sauf ainsi que l'autorisent la présente loi ou les règlements, nul ne peut importer au Canada ni exporter hors de ce pays un stupéfiant quelconque.

(2) Quiconque enfreint le paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel et peut être condamné à l'emprisonnement à perpétuité, mais encourt un emprisonnement d'au moins sept ans.

Si une telle situation ne s'est jamais présentée à ma connaissance, c'est simplement parce que le ministère public a choisi d'exercer favorablement son pouvoir discrétionnaire d'accuser une telle personne non pas de l'infraction qu'elle a vraiment commise, mais plutôt d'une infraction moindre. Toutefois, la possibilité que cette personne soit accusée d'importation est toujours présente. À cette possibilité s'ajoute la certitude que, s'il y a déclaration de culpabilité, un minimum de sept années d'emprisonnement devra être imposé. C'est à cause de cette certitude que je conclus que l'emprisonnement obligatoire minimal que l'on trouve au par. 5(2) va à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit à tous et chacun d'entre nous le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

L'appelant est rentré au Canada en provenance de Bolivie avec sept onces et demie de cocaïne pure à 85 ou 90 pour 100, dissimulées sur sa personne. Devant la Cour de comté de Vancouver (C.-B.), il a plaidé coupable à l'accusation d'avoir importé un stupéfiant contrairement au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, précitée, et a été condamné à huit ans de pénitencier.

La question en litige

La question constitutionnelle suivante, formulée par le Juge en chef, demeure la seule dont la Cour est saisie, l'appelant ayant abandonné tous ces autres moyens à l'audience:

La sentence minimale obligatoire de sept ans imposée par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, est-elle contraire ou porte-t-elle atteinte aux droits et garanties énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, aux droits énoncés aux art. 7, 9 et 12?

For reasons I will give later I will address only s. 12 of the *Charter*. Since the appellant does not dispute the constitutionality of the maximum penalty of life imprisonment but only the minimum seven years' imprisonment, the question in issue is therefore limited to whether the concluding six words of s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* will, under certain circumstances, leave the judge no other alternative but that of subjecting those convicted under the section to cruel and unusual punishment.

The Legislation

Importing

Importing has been judicially defined as follows in *Bell v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 471, per McIntyre J., speaking for the majority, at pp. 488-89:

In my view, since the *Narcotic Control Act* does not give a special definition of the word, its ordinary meaning should apply and that ordinary meaning is simply to bring into the country or to cause to be brought into the country.

In separate reasons, Dickson J., as he then was, agreed with this definition; his disagreement was on another aspect of the notion of importing, which is irrelevant to this case.

A Narcotic

A narcotic is defined at s. 2 of the Act:

2. ...

"narcotic" means any substance included in the schedule or anything that contains any substance included in the schedule;

This definition refers to a schedule which lists some twenty substances and the preparations, derivatives, alkaloids and salts thereof, and for some, such as cannabis, the similar synthetic preparations. The schedule covers a wide variety of drugs which range, in dangerousness, from "pot" to heroin.

The purpose of the importing, namely whether it is for trafficking or for personal consumption, and

Pour des raisons que j'exposerai ultérieurement, je ne traiterai que de l'art. 12 de la *Charte*. Comme l'appelant ne conteste pas la constitutionnalité de la peine maximale d'emprisonnement à vie, mais uniquement la peine minimale d'emprisonnement de sept ans, la question en litige se limite donc à déterminer si les neuf mots qui terminent le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* ont pour effet, dans certaines circonstances, de ne laisser au juge d'autre choix que d'assujettir les personnes reconnues coupables en vertu de cette disposition à une peine cruelle et inusitée.

Les dispositions législatives

Importation

Le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, dans l'arrêt *Bell c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 471, définit ainsi l'importation, aux pp. 488 et 489:

À mon avis, puisque la *Loi sur les stupéfiants* ne fournit pas de définition particulière de ce mot, c'est son sens ordinaire qu'il faut retenir, c'est-à-dire simplement d'introduire ou de faire introduire au pays.

Dans des motifs distincts, le juge Dickson, alors juge puîné, se dit d'accord avec cette définition, son désaccord portant sur un autre aspect de la notion d'importation qui est sans importance en l'espèce.

Stupéfiant

L'article 2 de la Loi définit ainsi le terme «stupéfiant»:

2. ...

«stupéfiant» désigne toute substance mentionnée dans l'annexe, ou tout ce qui contient une telle substance;

Cette définition renvoie à une annexe qui énumère quelque vingt substances et leurs préparations, dérivés, alcaloïdes, sels et, pour certaines tel le chanvre indien (cannabis), les préparations synthétiques semblables. L'annexe couvre une grande variété de drogues allant, selon les dangers qu'elles présentent, du «pot» à l'héroïne.

L'objet de l'importation, que ce soit pour trafic ou pour consommation personnelle, et la quantité

the quantity imported are irrelevant to guilt under s. 5. For example, the serious hard drugs dealer who is convicted of importing a large quantity of heroin and the tourist convicted of bringing a "joint" back into the country are treated on the same footing and must both be sentenced to at least seven years in the penitentiary.

Canadian Bill of Rights

Section 2(a) and (b) of the Bill states:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgement or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(a) authorize or effect the arbitrary detention, imprisonment or exile of any person;

(b) impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment;

Canadian Charter of Rights and Freedoms

Sections 7, 9 and 12 of the *Charter* guarantee the following rights:

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

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

The Judgments

County Court of Vancouver

After pleading guilty before Wetmore Co. Ct. J., the accused challenged the constitutional validity of the seven-year minimum sentence found in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* as being inconsistent with the provisions of ss. 7, 9 and 12 of the *Charter* and requested that the judge make a determination in that regard before submissions on sentencing were made. The trial judge in his

importée sont sans importance pour ce qui est de la culpabilité en vertu de l'art. 5. Par exemple, le vendeur de drogues dures reconnu coupable d'avoir importé une grande quantité d'héroïne et le touriste reconnu coupable d'avoir ramené un «joint» dans son pays sont traités sur le même pied et doivent tous deux être condamnés à au moins sept ans de pénitencier.

b Déclaration canadienne des droits

Les alinéas 2a) et b) de la Déclaration portent:

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

a) autorisant ou prononçant la détention, l'emprisonnement ou l'exil arbitraires de qui que ce soit;

b) infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition;

Charte canadienne des droits et libertés

Les articles 7, 9 et 12 de la *Charte* garantissent les droits suivants:

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

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

h Les jugements

La Cour de comté de Vancouver

Après avoir plaidé coupable devant le juge Wetmore de la Cour de comté, l'accusé a contesté la constitutionnalité de la peine minimale de sept ans qu'on trouve au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, pour le motif qu'elle était incompatible avec les dispositions des art. 7, 9 et 12 de la *Charte*, et il a demandé au juge de statuer sur ce point avant que ne soient faites les représentations sur la sen-

reasons ((1983), 35 C.R. (3d) 256) disposed of ss. 7 and 9 as follows, at p. 258:

Counsel did not press the argument under s. 7 of the Charter. On the issue of arbitrariness, s. 9, I conclude in the interests of judicial comity that the argument is resolved in favour of the Crown in *R. v. Newall* (1982), 70 C.C.C. (2d) 10, 141 D.L.R. (3d) 26, 2 C.R.R. 156 (B.C.S.C.). That case and others may have to be given limited interpretation in due course if it is concluded that the Charter not only protects citizens before the courts but also places upon the courts power to protect the citizen from legislative arbitrariness.

The gist of *Wetmore Co. Ct. J.*'s reasoning concerning s. 12 is in the following passage of his judgment, at p. 261:

Section 5 of the Narcotic Control Act is capable of imprisoning for seven years a single possessor of a minimum quantity of any narcotic brought into Canada. It purports to leave a sentencing judge powerless to relieve against the harshness of such a sentence.

In the situation I have described of the cigarette of marihuana, it varies only notionally from the possessor of the same narcotic within the country. That domestic possessor would be unlikely to face any imprisonment, or at most modest incarceration. Given that situation, the disparity is so gross it is shocking to contemporary society, is unnecessary in narcotic control and results, therefore, in a punishment which is cruel and unusual.

Accordingly, I propose to treat the concluding words "but not less than seven years" in s. 5(2) of the Narcotic Control Act inoperable as being in contravention of s. 12 of the Charter, and hence beyond the power of Parliament.

It appears to me that his conclusion rests upon the potential disproportionality of the mandatory sentence when considering the range of offences, the variety of ways the offence may be committed, and the great disparity of the sentence with that imposed on others who have committed offences identical in gravity and nature. Having made this determination, he then held a pre-sentence hearing

tence. Le juge de première instance, dans ses motifs ((1983), 35 C.R. (3d) 256), conclut ce qui suit au sujet des art. 7 et 9, à la p. 258:

[TRADUCTION] L'avocat du défendeur n'a pas insisté sur son argument fondé sur l'art. 7 de la Charte. Au sujet du caractère arbitraire, l'art. 9, je conclus, au nom de la courtoisie judiciaire, que l'argument a été tranché en faveur du ministère public dans la décision *R. v. Newall* (1982), 70 C.C.C. (2d) 10, 141 D.L.R. (3d) 26, 2 C.R.R. 156 (C.S.C.-B.) Cette décision, comme d'autres, devra peut-être recevoir une interprétation limitée en temps utile si on conclut que la Charte non seulement protège les citoyens qui comparaissent devant les tribunaux, mais aussi confère à ces tribunaux le pouvoir de protéger le citoyen contre l'arbitraire du législateur.

L'essentiel du raisonnement du juge *Wetmore* concernant l'art. 12 se trouve dans le passage suivant de son jugement, à la p. 261:

[TRADUCTION] L'article 5 de la Loi sur les stupéfiants peut permettre d'emprisonner pour sept ans la personne reconnue coupable de possession simple d'une quantité minimale d'un stupéfiant introduit au Canada. Il rend apparemment le juge qui inflige la peine impuisant à en mitiger la rigueur.

L'exemple que je viens de donner de la cigarette de marihuana ne diffère que sur le plan des concepts de celui de la possession du même stupéfiant à l'intérieur des frontières. Dans ce dernier cas, celui qui est en possession du stupéfiant ne risquerait probablement pas d'être emprisonné ou, tout au plus, il pourrait se voir imposer une faible peine d'incarcération. Compte tenu de cette situation, la disparité est tellement grande qu'elle choque la société contemporaine, elle n'est pas nécessaire à la lutte contre les stupéfiants et elle entraîne donc une peine cruelle et inusitée.

C'est pourquoi je me propose de considérer les termes «mais encourt un emprisonnement d'au moins sept ans», à la fin du par. 5(2) de la Loi sur les stupéfiants comme inopérants pour le motif qu'ils contreviennent à l'art. 12 de la Charte et qu'ils sont donc *ultra vires* du Parlement.

Cette conclusion me paraît reposer sur la disproportion potentielle de la peine obligatoire compte tenu de l'éventail des infractions, des diverses façons dont elle peuvent être commises et de la sévérité de la peine comparativement à celle infligée à d'autres personnes ayant commis des infractions identiques en gravité et en nature. Ayant décidé cela, il a alors entendu les parties avant de

and imposed a sentence of eight years in the penitentiary.

The Court of Appeal

Smith's appeal was dismissed by the Court of Appeal for British Columbia ((1984), 11 C.C.C. (3d) 411). Craig J.A. relied on *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233, also a decision of the British Columbia Court of Appeal. In that case, it was decided that the seven day minimum sentence mandatorily imposed by the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, on those found guilty of driving their vehicle while knowing that their licence was suspended, was not inconsistent with ss. 9 and 12 of the *Charter*. He also relied on *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23, a decision of the Ontario Court of Appeal under the *Canadian Bill of Rights*. The Court there found that the seven-year minimum in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, the same provision under consideration in this appeal, was "not so disproportionate to the offence that the prescribed penalty [was] cruel and unusual". In the present case Craig J.A. found that the section was not inconsistent with the *Charter* and, of the opinion that the eight-year sentence imposed by Wetmore Co. Ct. J. was appropriate, he dismissed the appeal from sentence.

Macdonald J.A. agreed with Craig J.A., but expanded somewhat on the scope and meaning of s. 9. In that regard, he quoted a passage from *R. v. Konechny*, *supra*, where Macfarlane J.A., said at p. 254:

The courts have been given the power under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* to review, and in appropriate cases to strike down legislation. But that does not mean that judges have been authorized to substitute their opinion for that of the Legislature which under our democratic system is empowered to enunciate public policy. The basis for such policy may be reviewed if the policy is said to conflict with individual rights under the *Charter*, but, in my opinion, the policy ought not to be struck down, in the case of a challenge under s. 9, unless it is without any rational basis. If there be a rational reason for the policy then I do not think it is for a judge

rendre sa sentence puis a infligé une peine d'incarcération de huit ans dans un pénitencier.

La Cour d'appel

^a La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel interjeté par Smith ((1984), 11 C.C.C. (3d) 411). Le juge Craig s'est fondé sur l'arrêt *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233, également un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Dans cette affaire, il a été jugé que la peine minimale de sept jours qui, aux termes de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 288, devait être imposée aux personnes reconnues coupables d'avoir conduit leur véhicule tout en sachant que leur permis de conduire était suspendu, n'était pas incompatible avec les art. 9 et 12 de la *Charte*. Il s'est aussi fondé sur l'arrêt *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23, un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario fondé sur la *Déclaration canadienne des droits*. La Cour d'appel, dans cette affaire, a jugé que la peine minimale de sept ans prescrite au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, la même disposition dont nous sommes saisis en l'espèce, n'était [TRADUCTION] «pas disproportionnée à l'infraction au point de rendre la peine prescrite cruelle et inusitée». En l'espèce, le juge Craig a conclu que l'article n'était pas incompatible avec la *Charte* et, estimant que la peine de huit ans infligée par le juge Wetmore de la Cour de comté était appropriée, il a rejeté l'appel de la sentence.

^b Le juge Macdonald s'est dit d'accord avec le juge Craig, mais il s'est étendu quelque peu sur le sens et la portée de l'art. 9. À cet égard, il a cité un passage de l'arrêt *R. v. Konechny*, précité, où le juge Macfarlane dit, à la p. 254:

[TRADUCTION] Les tribunaux se sont vu conférer le pouvoir, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de contrôler les lois, et dans les cas appropriés, de les annuler. Mais cela ne signifie pas que le juge est autorisé à substituer son opinion à celle du législateur qui, dans notre système démocratique, a le pouvoir d'énoncer des politiques générales. Le fondement de ces politiques peut être contrôlé lorsqu'on dit qu'elles entrent en conflit avec les droits individuels garantis par la *Charte* mais, à mon avis, la politique ainsi énoncée ne devrait pas être annulée dans le cas d'une contestation fondée sur l'art. 9, à moins qu'elle n'ait aucun fonde-

to say that the policy is capricious, unreasonable or unjustified.

Macdonald J.A., obviously referring to the words "capricious, unreasonable or unjustified", then added, at p. 434:

I agree with that passage with the reservation that those three words should not be taken as a complete definition of arbitrariness.

In conclusion, he said at p. 434:

The correct approach is, in my view, indicated in the passage which I have quoted from Mr. Justice Macfarlane's judgment. Employing it here, and considering what was said in *R. v. Shand* with respect to the enactment of s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* I am not persuaded that it violates either s. 7 or s. 9 of the Charter.

Thus he found, as did Craig J.A., that the sentence was appropriate.

Lambert J.A., dissenting, only addressed s. 9 and found that s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* was *prima facie* inconsistent with the rights guaranteed by that section. He summarized his reasons at p. 425 of his judgment:

In short, the effect of s. 5(2) is that guilt or innocence on a charge of importing or exporting a narcotic is determined judicially by a judge or jury, but the sentence is not determined by a judge or a jury, but is predetermined by Parliament. That predetermination by Parliament pays no attention to the individual offender or the circumstances of his offence. In that respect the determination is arbitrary, and the resulting imprisonment is arbitrary imprisonment.

He was uncertain as regards the proper approach to be taken when assessing whether legislation, which *prima facie* violates a section, can be salvaged under s. 1 of the *Charter*. This is understandable, as the decision of the Court of Appeal in this case was delivered long before this Court's decision in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In any event, Lambert J.A. was not satisfied by the Crown's efforts to salvage the section. However, he chose not to make an order "declaring s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, or the last six words of

ment rationnel. Si cette politique a un fondement rationnel, je ne pense pas qu'il appartienne au juge de dire qu'elle est capricieuse, déraisonnable ou injustifiée.

^a Le juge Macdonald, se référant de toute évidence aux termes «capricieuse, déraisonnable ou injustifiée», ajoute ensuite, à la p. 434:

[TRADUCTION] Je souscris à ce passage, sauf que ces trois termes ne devraient pas être considérés comme une définition complète du caractère arbitraire.

En conclusion, il dit, à la p. 434:

[TRADUCTION] La démarche qu'il faut suivre est, à mon avis, indiquée dans l'extrait que je viens de citer du jugement du juge Macfarlane. L'appliquant à l'espèce, et compte tenu de ce qui a été dit dans l'arrêt *R. v. Shand* concernant l'adoption du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, je ne suis pas convaincu que celui-ci viole l'art. 7 ou l'art. 9 de la Charte.

^d Il a donc jugé, à l'instar du juge Craig, que la peine était appropriée.

^e Le juge Lambert, dissident, ne s'est intéressé qu'à l'art. 9 pour conclure que le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* était, à première vue, incompatible avec les droits garantis par cet article. À la page 425, il résume ainsi ses motifs de jugement:

[TRADUCTION] Bref, le par. 5(2) fait que la culpabilité ou l'innocence relativement à une accusation d'importation ou d'exportation d'un stupéfiant est déterminée judiciairement par un juge ou un jury; mais la peine n'est pas déterminée par un juge ou un jury, elle est déterminée à l'avance par le législateur. Cette détermination à l'avance par le législateur ne tient pas compte du contrevenant lui-même ni des circonstances ayant entouré la perpétration de l'infraction. À cet égard, elle est arbitraire et l'emprisonnement qui en résulte est lui aussi arbitraire.

^h Il hésitait quant à la démarche appropriée à suivre pour déterminer si une loi, qui viole à première vue un article, peut être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cela se comprend puisque l'arrêt de la Cour d'appel dans cette affaire a été rendu bien avant l'arrêt de cette Cour *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Quoi qu'il en soit, les efforts déployés par le ministère public pour sauvegarder l'article n'ont pas satisfait le juge Lambert. Toutefois, il a choisi de ne pas rendre une ordonnance [TRADUCTION] «déclarant le par. 5(2) de la

it, to be unconstitutional”, and decided only that s. 5(2) was not applicable to the accused Smith. He would have imposed a sentence of five years’ imprisonment.

Having concluded that the minimum sentence imposed by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* is in violation of s. 12 of the *Charter*, I do not find myself obliged to address ss. 9 and 7 of the *Charter*. I rather welcome this opportunity as I prefer not to address s. 9, given the proceedings throughout. Indeed, little or nothing was really argued as regards s. 7, while argument under s. 9 was rather limited. Of course, Lambert J.A. dealt thoroughly and exclusively with s. 9. His conclusion that a predetermination of a sentence by Parliament is arbitrarily imposed, if right, would mean that all minimum sentences are invalid and probably also all maximum sentences.

Furthermore, s. 7 was not really considered in relation to s. 9. This is understandable as at the time this Court had not yet handed down its decision in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, wherein the relationship between s. 7 and ss. 8 to 14 was commented on and where the “principles of fundamental justice” were defined as providing more than just procedural protection under the section. I do not think it wise to address s. 9 without the benefit of the views of the courts below with regard to its relationship to s. 7. Finally, there are fixed and minimum sentences to be found throughout provincial laws and any decision striking down minimum sentences *per se* would affect all those laws. Yet only one attorney general intervened. I imagine this might be so because cases under s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* are instituted and prosecuted by the “Federal Crown”. Whatever be the reason, I should not want to decide the validity of all minimum sentences under s. 9 without the benefit of a thorough discussion on these issues and without any argument being made under s. 1 of the *Charter*.

Loi sur les stupéfiants, ou ses neuf derniers mots, inconstitutionnels», se bornant à décider qu’il ne s’appliquait pas à l’accusé Smith. Il aurait infligé une peine de cinq ans d’emprisonnement.

a

Ayant conclu que la peine minimale qu’impose le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* viole l’art. 12 de la *Charte*, je ne me sens pas obligé d’aborder les art. 9 et 7. J’en suis bien aise vu que je préfère ne pas aborder l’art. 9, compte tenu des débats dans l’ensemble des instances. En fait, il y a eu peu ou pas du tout d’argumentation au sujet de l’art. 7; quant aux arguments portant sur l’art. 9, ils ont été plutôt limités. Bien entendu, le juge Lambert a analysé exhaustivement et exclusivement l’art. 9. Sa conclusion qu’une peine déterminée à l’avance par le législateur est imposée arbitrairement, si elle était juste, signifierait que toutes les peines minimales sont invalides et probablement aussi toutes les peines maximales.

De plus, l’art. 7 n’a pas vraiment été examiné en fonction de l’art. 9. Cela se comprend puisqu’à l’époque cette Cour ne s’était pas encore prononcée dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, où l’on commente le rapport entre l’art. 7 et les art. 8 à 14 et où les «principes de justice fondamentale» sont définis comme accordant plus qu’une simple protection en matière de procédure en vertu de cet article. Je ne crois pas qu’il serait sage d’aborder l’art. 9 sans profiter des opinions exprimées par les tribunaux d’instance inférieure au sujet de son rapport avec l’art. 7. Enfin, on trouve des peines fixes minimales dans des lois provinciales et toute décision qui annulerait les peines minimales comme telles toucherait toutes ces lois. Or un seul procureur général est intervenu. Je suppose que cela pourrait s’expliquer par le fait que les poursuites intentées en vertu du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* le sont par le «ministère public fédéral». Quelle que soit la raison, je ne saurais me permettre de me prononcer sur la validité de l’ensemble des peines minimales par rapport à l’art. 9, sans avoir examiné en profondeur ces questions et sans qu’il n’y ait eu d’argumentation fondée sur l’article premier de la *Charte*.

Cruel and Unusual Punishment*History*

We in Canada adopted through the preamble of our Constitution the legislative restraint set out in s. 10 of the English *Bill of Rights* of 1688, 1 Wm. & M. sess. 2, c. 2, which states:

10. That excessive Bail ought not to be required, nor excessive Fines imposed; nor cruel and unusual Punishments inflicted. [Emphasis added.]

It was therefore open to our courts to interpret the laws of Canada and to choose between various meanings so as to avoid the infliction of cruel and unusual punishment. I know of no reported instances where the courts invoked that part of s. 10 of the English *Bill of Rights*.

Article 7 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966) is also worthy of note. It provides that:

No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

Experience in other countries regarding the *Covenant* and the *Optional Protocol*, to which Canada acceded in 1976, may on occasion be of assistance in attempting to give meaning to relevant provisions of the *Charter*. However, I am not aware of any international jurisprudence on the interpretation of art. 7 that would be of assistance to us in the present appeal, as most of the cases that have addressed the provision have dealt with the conditions of imprisonment or the type of treatment to which those being detained are subject.

Article 3 of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222 (1950), and art. 5 of the *Universal Declaration of Human Rights* (G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810 (1948), at 71) also provide similar protection against cruel or inhuman punishment but, here too, little assistance can be had for the present appeal.

Une peine cruelle et inusitée*Historique*

Nous avons au Canada, par le préambule de notre Constitution, adopté la restriction législative énoncée en Angleterre à l'art. 10 du *Bill of Rights* de 1688, 1 Wm. & M., sess. 2, chap. 2 qui dispose:

[TRADUCTION] 10. Il ne pourra être exigé de cautionnement excessif, ni imposé d'amendes excessives, ni infligé de châtimens cruels et inusités. [C'est moi qui souligne.]

Il était donc possible pour nos tribunaux d'interpréter les lois du Canada et de choisir parmi divers sens celui qui permet d'éviter l'imposition d'une peine cruelle et inusitée. Je ne connais aucune décision publiée dans laquelle les tribunaux ont invoqué cette partie de l'art. 10 du *Bill of Rights* d'Angleterre.

L'article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, A.G. Rés. 2200 A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), est aussi digne de mention. Il dispose:

Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

L'expérience d'autres pays au sujet du *Pacte* et du *Protocole facultatif*, auxquels le Canada a adhéré en 1976, peut parfois être utile pour tenter d'interpréter les dispositions pertinentes de la *Charte*. Toutefois, je ne connais aucune jurisprudence internationale portant sur l'interprétation de l'art. 7 qui pourrait nous être utile en l'espèce, étant donné que la plupart des cas où l'on a abordé cette disposition portent sur les conditions d'incarcération ou sur le type de traitements auxquels ont été soumis des détenus.

L'article 3 de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223 (1950), et l'art. 5 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U. (1948), à la p. 71) offrent eux aussi une protection analogue contre les peines cruelles ou inhumaines mais, là encore, elles ne sont pas d'un grand secours en l'espèce.

It is not until the enactment of our own *Canadian Bill of Rights*, more particularly s. 2(b), that the courts addressed the meaning of those very words, cruel and unusual punishment. Even though the protection against cruel and unusual treatment or punishment found in s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* was raised in many cases, the Canadian courts were often reluctant to examine the merits of the argument. Indeed, in the majority of cases, the courts summarily rejected the s. 2(b) argument without giving any reasons. (See *R. v. Dick, Penner and Finnigan*, [1965] 1 C.C.C. 171 (Man. C.A.); *Ex parte Kleinys*, [1965] 3 C.C.C. 102 (B.C.S.C.); *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343 (Que. Q.B.); *R. v. Natrall* (1972), 32 D.L.R. (3d) 241 (B.C.C.A.); *Ex parte Matticks* (1972), 10 C.C.C. (2d) 438 (Que. C.A.), affirmed by (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 (S.C.C.); *Pearson v. Lecorre*, S.C.C., Oct. 3, 1973, unreported; *R. v. Hatchwell* (1973), 14 C.C.C. (2d) 556 (B.C.C.A.), affirmed by [1976] 1 S.C.R. 39; *Re Rojas and The Queen* (1978), 40 C.C.C. (2d) 316 (Ont. H.C.))

In the early years of the *Canadian Bill of Rights*, in those rare cases where s. 2(b) was the object of some judicial analysis, the application of the prohibition was either limited to the protection against the infliction of excessive and unusual physical pain (*R. v. Buckler*, [1970] 2 C.C.C. 4 (Ont. Prov. Ct.), and *Dowhopoluk v. Martin* (1971), 23 D.L.R. (3d) 42 (Ont. H.C.)), or dismissed out of deference to Parliament's wisdom in enacting the challenged legislation (*R. v. Dick, Penner and Finnigan, supra*, and *R. v. Roestad* (1971), 5 C.C.C. (2d) 564 (Ont. Co. Ct.))

It was not until fifteen years after the enactment of the *Canadian Bill of Rights* that a more in depth analysis of the protection afforded by s. 2(b) was undertaken. The only decision finding a treatment or punishment to be cruel and unusual under the *Canadian Bill of Rights* was *McCann v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 570.

In this judgment, Heald J., of the Trial Division of the Federal Court, declared that the prison

Ce n'est qu'après l'adoption de notre propre *Déclaration canadienne des droits*, plus particulièrement de l'al. 2b), que les tribunaux se sont penchés sur le sens des termes mêmes «peine cruelle et inusitée». Quoique l'on ait invoqué dans bien des affaires la protection contre les peines ou traitements cruels et inusités que l'on trouve à l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, les tribunaux canadiens se sont souvent montrés peu disposés à examiner le bien-fondé de cet argument. En réalité, dans la majorité des cas, les tribunaux ont sommairement rejeté l'argument de l'al. 2b) sans donner aucune raison. (Voir *R. v. Dick, Penner and Finnigan*, [1965] 1 C.C.C. 171 (C.A. Man.); *Ex parte Kleinys*, [1965] 3 C.C.C. 102 (C.S.C.-B.); *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343 (B.R. Qué.); *R. v. Natrall* (1972), 32 D.L.R. (3d) 241 (C.A.C.-B.); *Ex parte Matticks* (1972), 10 C.C.C. (2d) 438 (C.A. Qué.), confirmé par (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 (C.S.C.); *Pearson c. Lecorre*, C.S.C., le 3 octobre 1973, inédit; *R. v. Hatchwell* (1973), 14 C.C.C. (2d) 556 (C.A.C.-B.), confirmé par [1976] 1 R.C.S. 39; *Re Rojas and The Queen* (1978), 40 C.C.C. (2d) 316 (H.C. Ont.))

Au cours des premières années qui ont suivi l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, dans les rares cas où l'al. 2b) a fait l'objet d'une certaine analyse judiciaire, l'application de l'interdiction a été soit limitée au droit de ne pas se voir infliger une douleur physique excessive et inusitée (*R. v. Buckler*, [1970] 2 C.C.C. 4 (C. prov. Ont.), et *Dowhopoluk v. Martin* (1971), 23 D.L.R. (3d) 42 (H.C. Ont.)), soit rejetée par déférence pour la sagesse démontrée par le législateur en adoptant la loi attaquée (*R. v. Dick, Penner and Finnigan, précitée*, et *R. v. Roestad* (1971), 5 C.C.C. (2d) 564 (C. cté Ont.))

Ce n'est que quinze ans après l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* qu'une analyse plus approfondie de la protection accordée par l'al. 2b) a été entreprise. La seule décision où on a conclu qu'une peine ou un traitement était cruel et inusité au sens de la *Déclaration canadienne des droits* est *McCann c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 570.

Dans cette décision, le juge Heald de la Division de première instance de la Cour fédérale a déclaré

conditions to which certain prisoners were subjected in the solitary confinement unit of the British Columbia Penitentiary amounted to cruel and unusual treatment or punishment. In his view, the treatment served no "positive penal purpose", and even if it did, "it [was] not in accord with public standards of decency and propriety". Furthermore, in his opinion, there existed "adequate alternatives" to the treatment.

The Court of Appeal for British Columbia decided, in *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401, that the death penalty for murder was not cruel and unusual punishment.

Emphasizing the non-constitutional nature of the *Canadian Bill of Rights*, Robertson J.A., speaking for Farris C.J.B.C. and Maclean and Carrothers J.J.A., did not think it necessary to undertake an extensive analysis of the meaning of "cruel and unusual". A summary of his reasons can be found in the following passage at p. 456:

To sum up: s. 2 of the *Bill of Rights* does not prevent the application of s. 214(1) and (2) and s. 218 of the *Criminal Code* on the ground that the punishment of death prescribed by the *Code* is a cruel and unusual one, because (1) punishment by death for murder is not unusual in the ordinary and natural meaning of the word; (2) Parliament, when it enacted the amendments to the *Code*, was of the opinion that the punishment was not an unusual one and the Court cannot substitute its opinion (if it is different) for Parliament's; and (3) Parliament wished its enactment to prevail and by necessary implication excluded the application of s. 2 of the *Bill of Rights*.

Dissenting, McIntyre J.A., as he then was, undertook a more detailed analysis of the protection afforded by s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights*. In his opinion, the words "cruel and unusual" were to be read disjunctively so that "cruel punishments however usual in the ordinary sense of the term could come within the proscription". He emphasized the need for a deterrent value in any punishment but affirmed that there

que les conditions d'incarcération auxquelles certains détenus étaient assujettis dans les cellules d'isolement du pénitencier de la Colombie-Britannique constituaient une peine ou un traitement cruel et inusité. À son avis, ce traitement ne servait aucune «fin pénale pratique», et même si cela avait été le cas, «il [était] contraire aux normes publiques de la décence et inutile». En outre, il existait, à son avis, «d'autres moyens plus appropriés» que ce traitement.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé, dans son arrêt *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401, que la peine de mort en cas de meurtre n'était pas une peine cruelle et inusitée.

Insistant sur la nature non constitutionnelle de la *Déclaration canadienne des droits*, le juge Robertson, s'exprimant au nom du juge en chef Farris de la Colombie-Britannique et en celui des juges Maclean et Carrothers, n'a pas jugé nécessaire de procéder à une analyse approfondie du sens des termes «cruels et inusités». On trouve un résumé de ses motifs dans le passage suivant à la p. 456:

[TRADUCTION] Pour résumer: l'art. 2 de la *Déclaration des droits* n'interdit pas d'appliquer les par. 214(1) et (2) et l'art. 218 du *Code criminel* pour le motif que la peine de mort prescrite par le *Code* constitue une peine cruelle et inusitée parce que (1) la peine de mort pour meurtre n'est pas inusitée au sens ordinaire et général du terme; (2) le législateur fédéral, lorsqu'il a adopté les modifications du *Code*, était d'avis que la peine n'était pas inusitée et la Cour ne saurait substituer son opinion (au cas où elle serait différente) à celle du législateur; et (3) le législateur a voulu que ce texte prévale et, par déduction nécessaire, a exclu l'application de l'art. 2 de la *Déclaration des droits*.

Dissident, le juge McIntyre, maintenant juge à la Cour suprême, a procédé à une analyse plus détaillée de la protection accordée par l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*. À son avis, les termes «cruels et inusités» doivent être interprétés disjunctivement de sorte que [TRADUCTION] «les peines cruelles, même si elles sont usuelles dans le sens ordinaire du terme, pourraient être incluses dans la proscription». Il a souligné la nécessité que toute peine ait un effet dissuasif, mais il a affirmé qu'il y a d'autres facteurs à

were other factors to be considered and weighed against it, at p. 468:

In my view, capital punishment would amount to cruel and unusual punishment if it cannot be shown that its deterrent value outweighs the objections which can be brought against it. Furthermore, even assuming some deterrent value, I am of the opinion it would be cruel and unusual if it is not in accord with public standards of decency and propriety, if it is unnecessary because of the existence of adequate alternatives, if it cannot be applied upon a rational basis in accordance with ascertained or ascertainable standards, and if it is excessive and out of proportion to the crimes it seeks to restrain.

After a review of statistics and other data, McIntyre J.A. concluded that capital punishment did not come within these criteria and was therefore cruel and unusual punishment.

The approach undertaken by McIntyre J.A. was followed by Borins Co. Ct. J. of the County Court of Ontario in *R. v. Shand* (1976), 29 C.C.C. (2d) 199. Borins Co. Ct. J. decided that the mandatory minimum of seven years' imprisonment imposed by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* was cruel and unusual. Relying heavily on American cases dealing with the Eighth Amendment of the Constitution of the United States, which provides that "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted", and the analysis undertaken by McIntyre J.A. in *Miller and Cockriell*, *supra*, Borins Co. Ct. J. said, at p. 216:

Thus, two factors to be taken into consideration in determining whether the mandatory minimum sentence in this case constitutes "cruel and unusual treatment or punishment" are the effect of the severity or excessiveness of the penalty in relation to the "dignity and worth of the human person" and the potential for the absence of "equality before the law" resulting from the exercise of prosecutorial discretion resulting, in turn, in an arbitrary punishment.

In his opinion, found at p. 234, s. 5(2) came within these criteria:

In my view a compulsory sentence of seven years for a non-violent crime imposed without consideration for the individual history and background of the accused is so

considérer et à évaluer par rapport à cet effet, à la p. 468:

[TRADUCTION] À mon avis, la peine capitale est une peine cruelle et inusitée si on ne peut prouver que son pouvoir de dissuasion l'emporte sur les objections qu'on peut soulever à son égard. De plus, même en lui supposant une certaine valeur de dissuasion, j'estime que la peine capitale est cruelle et inusitée si elle s'oppose aux normes de la décence et de la bienséance, si elle est inutile parce qu'il existe d'autres moyens suffisants, si elle ne peut être appliquée de façon raisonnable, conformément à des positions bien déterminées et si elle est excessive et disproportionnée aux crimes qu'elle s'efforce de réprimer.

Après avoir examiné les statistiques et d'autres données, le juge McIntyre a conclu que la peine capitale ne satisfait pas à ces critères et constitue donc une peine cruelle et inusitée.

Ce point de vue du juge McIntyre a été suivi par le juge Borins de la Cour de comté de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Shand* (1976), 29 C.C.C. (2d) 199. Le juge Borins a décidé que la peine minimale obligatoire de sept ans d'emprisonnement, qu'impose le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, est cruelle et inusitée. Se fondant largement sur la jurisprudence américaine relative au Huitième amendement de la Constitution des États-Unis, qui porte qu' [TRADUCTION] «Il ne pourra être exigé de cautionnement excessif, ni imposé d'amendes excessives, ni infligé de châtiments cruels et d'un genre inaccoutumé», et sur l'analyse à laquelle procède le juge McIntyre dans l'arrêt *Miller and Cockriell*, précité, le juge Borins affirme, à la p. 216:

[TRADUCTION] Ainsi, deux des facteurs qu'il faut prendre en considération pour déterminer si la peine minimale obligatoire en l'espèce constitue «une peine ou un traitement cruel et inusité» sont l'effet de la sévérité ou de la démesure de la peine par rapport à la «dignité de la personne humaine et à sa valeur» et le risque d'absence d'égalité devant la loi qui découle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre qui entraîne, à son tour, une peine arbitraire.

À son avis, exprimé à la p. 234, le par. 5(2) répondait à ces critères:

[TRADUCTION] À mon avis, une peine obligatoire de sept ans, pour un crime non violent, imposée sans considérer les antécédents personnels de l'accusé, est exces-

excessive that it "shocks the conscience" and because of its arbitrary nature fails to comport with human dignity. Such a provision is an unnecessary encroachment upon the traditional discretion accorded to the trial Judge in matters of sentencing.

The Court of Appeal for Ontario ((1976), 30 C.C.C. (2d) 23) reversed the decision of Borins Co. Ct. J. and held that s. 5(2) did not impose a punishment that was so disproportionate to the offence as to be cruel and unusual. Arnup J.A., speaking for Brooke, Dubin, Martin and Blair J.J.A., took the position that it was preferable not to interfere with Parliament's expressed intention to deter the serious crime of importing drugs, at pp. 38-39:

Assuming that disproportionality is a matter to be considered, it is to be applied, certainly in the first instance, to "the law of Canada" that is to be "construed or applied". In our view a minimum sentence of seven years for importing a drug contrary to the Act is not so disproportionate to the offence that the prescribed penalty is cruel and unusual. The drug problem in Canada is still of major proportions. The particular drugs that from time to time are in the greatest demand, or widest use, or are the greatest danger, may vary, but the basic problem remains.

The legislative approach is clear and direct. Most of the drugs of vegetable origin are not native to Canada. If their importation is prohibited, with heavy penalties for breach, the drugs cannot get into the country. Their cultivation is also prohibited. So is the unauthorized manufacture of the proscribed chemical drugs. Trafficking in any of them is a serious offence.

This type of national evil requires the opinion of Parliament as to appropriate penalties, not that of individual Judges. The prosecutorial discretion is then exercised in selecting the appropriate charges. The judicial discretion—still a very wide one—is then exercised, within the framework of the penalties legislated, to decide what penalty is appropriate for the particular offender in all of the circumstances of the particular case.

The debate between those favouring a restrictive application of the *Canadian Bill of Rights*, as a result of a great reluctance to interfere with the

sive au point de «choquer la conscience» et, à cause de sa nature arbitraire, est incompatible avec la dignité humaine. Une telle disposition constitue un empiétement inutile sur le pouvoir discrétionnaire traditionnel conféré au juge du procès quant à la peine à infliger.

La Cour d'appel de l'Ontario ((1976), 30 C.C.C. (2d) 23) a infirmé la décision du juge Borins de la Cour de comté et a jugé que le par. 5(2) n'impose pas une peine disproportionnée à l'infraction au point d'être cruelle et inusitée. Le juge Arnup, s'exprimant au nom des juges Brooke, Dubin, Martin et Blair, a jugé qu'il était préférable de ne pas contrecarrer l'intention expresse du législateur de dissuader les gens de commettre le crime grave d'importation de drogues, aux pp. 38 et 39:

[TRADUCTION] À supposer qu'il faille tenir compte de la disproportion, il faut le faire certainement d'abord en fonction de «la loi du Canada» qu'il faut «interpréter ou appliquer». À notre avis, une sentence minimale de sept ans pour avoir importé une drogue contrairement à la loi n'est pas disproportionnée à l'infraction au point de rendre cruelle et inusitée la peine prévue. Le problème de la drogue au Canada continue de prendre des proportions alarmantes. Les drogues qui, à l'occasion, peuvent être le plus en demande, le plus en usage ou qui représentent le plus grand danger, peuvent varier, mais le problème fondamental demeure.

La démarche du législateur est claire et directe. La plupart des drogues d'origine végétale ne proviennent pas du Canada. Si leur importation est interdite et assortie de lourdes peines en cas d'infraction, ces drogues ne pourront être introduites au pays. Leur culture est aussi interdite. Il en est de même de la fabrication sans autorisation des drogues chimiques prosrites. Le trafic de celles-ci, quelles qu'elles soient, est une infraction grave.

Un mal national de ce genre requiert l'avis du législateur fédéral quant aux peines appropriées, non celui de chaque juge pris individuellement. Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite est alors exercé par le choix d'accusations appropriées. Le pouvoir discrétionnaire du juge—qui demeure très large—est alors exercé, dans le cadre des peines prévues par le législateur, pour décider quelle peine est appropriée pour le contrevenant en question compte tenu de toutes les circonstances particulières de l'affaire.

Le débat qui oppose ceux qui favorisent une application restrictive de la *Déclaration canadienne des droits* par suite d'une grande hésitation

expressed intention of Parliament through the use of a non-constitutional document, and those determined to give s. 2(b) greater effect culminated in this Court's decision in *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680.

In that case, all the judges of this Court agreed that capital punishment for murder did not constitute cruel and unusual punishment, but different routes were taken to reach this conclusion. Ritchie J., with whom Martland, Judson, Pigeon and de Grandpré JJ. concurred, favoured the attitude of judicial deference to the expressed purpose sought by Parliament. In his opinion, the non-constitutional nature of the *Canadian Bill of Rights* required the application of traditional rules of interpretation. Furthermore, recourse to American jurisprudence on the Eighth Amendment as an aid to interpreting s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* was considered inappropriate as the documents involved were quite different. Finally, even though in his opinion it was unnecessary to provide an exhaustive definition of "cruel and unusual" for the purpose of disposing of the appeal, Ritchie J. added the following comments, at pp. 705-06:

Having reached this conclusion I do not find it necessary, in considering the meaning of "cruel and unusual treatment or punishment" as employed in s. 2(b) of the *Bill of Rights*, to make any assessment of current community standards of morality or of the deterrent effect of the death penalty. These matters in my view raise what are essentially questions of policy and as such they are of necessity considerations effecting the decision of Parliament as to whether or not the death penalty should be retained; . . .

In my opinion the words "cruel and unusual" as they are employed in s. 2(b) of the *Bill of Rights* are to be read conjunctively and refer to "treatment or punishment" which is both cruel and unusual. In this latter regard I share the view of Mr. Justice Robertson that, having regard to the fact that the death penalty for murder had been a part of the law of England from time immemorial and that, at the time when this murder was committed and the trial was held, it had been a feature of the criminal law of Canada since Confederation, it cannot be said to have been an "unusual" punishment in the ordinary accepted meaning of that word.

à contrecarrer l'intention expresse du législateur par le recours à un texte non constitutionnel, et ceux qui sont déterminés à donner à l'al. 2b) un plus grand effet, a abouti à l'arrêt de cette Cour *a Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680.

Dans cette affaire, tous les juges de la Cour ont convenu que la peine capitale pour meurtre ne constituait pas une peine cruelle et inusitée, mais différents raisonnements ont été adoptés pour parvenir à cette conclusion. Le juge Ritchie, à l'avis duquel ont souscrit les juges Martland, Judson, Pigeon et de Grandpré, a favorisé une attitude de déférence judiciaire pour l'objectif expressément visé par le législateur. À son avis, la nature non constitutionnelle de la *Déclaration canadienne des droits* exige l'application des règles d'interprétation traditionnelles. En outre, on a considéré qu'il n'est pas approprié de recourir à la jurisprudence américaine concernant le Huitième amendement comme guide d'interprétation de l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, les textes en question étant fort différents. Enfin, même si à son avis il n'est pas nécessaire, pour statuer sur le pourvoi, de donner une définition exhaustive des termes «cruels et inusités», le juge Ritchie ajoute, aux pp. 705 et 706:

Compte tenu de cette conclusion, j'estime que, pour analyser l'expression «peines ou traitements cruels et inusités» employée au par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, il n'est pas nécessaire d'examiner les normes morales actuelles de la collectivité ni l'effet dissuasif de la peine de mort. À mon avis, ces points soulèvent essentiellement des questions de principe qui, nécessairement, entrent en ligne de compte dans la décision du Parlement de maintenir ou non la peine de mort; . . .

À mon avis, les adjectifs «cruels et inusités» au par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* doivent être pris conjunctivement et se rapportent aux «peines ou traitements» qui sont à la fois cruels et inusités. À ce sujet, je partage l'opinion du juge Robertson selon laquelle, puisque la peine de mort pour meurtre fait partie du droit anglais depuis des temps immémoriaux et qu'à l'époque de la perpétration du meurtre et du procès, la peine de mort existait dans notre droit et ce, depuis la Confédération, on ne peut prétendre qu'elle constitue une peine «inusitée» au sens ordinaire de ce terme.

In separate reasons, Beetz J. agreed with Ritchie J. that the words "cruel and unusual" were to be read conjunctively. Without addressing the question whether the *Canadian Bill of Rights* created new rights, Beetz J. concurred in Ritchie J.'s conclusion.

Laskin C.J., supported by Spence and Dickson JJ., delineated more thoroughly the protection afforded by s. 2(b). He said, at pp. 689-90:

The various judgments in the Supreme Court of the United States, which I would not discount as being irrelevant here, do lend support to the view that "cruel and unusual" are not treated there as conjunctive in the sense of requiring a rigidly separate assessment of each word, each of whose meanings must be met before they become effective against challenged legislation, but rather as interacting expressions colouring each other, so to speak, and hence to be considered together as a compendious expression of a norm. I think this to be a reasonable appraisal, in line with the duty of the Court not to whittle down the protections of the *Canadian Bill of Rights* by a narrow construction of what is a quasi-constitutional document.

After a detailed analysis of the American jurisprudence on point, he urged upon the courts the following test, at p. 688:

... whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency. This is not a precise formula for s. 2(b), but I doubt whether a more precise one can be found.

He concluded that capital punishment for murder of a peace officer did not contravene this norm and concurred with his colleagues in dismissing the appeal.

This Court's decision in *Miller and Cockriell*, *supra*, is the last important decision that addressed s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

The disparity between the two main approaches reflects the reluctance of some courts to find a warrant in the *Canadian Bill of Rights* to interfere with a valid purpose of Parliament. Since they limited their comments to delineating Parliament's purpose, acknowledging it to be valid and then refusing to interfere, little was said by them as regards the meaning of cruel and unusual treat-

Dans des motifs distincts, le juge Beetz convient avec le juge Ritchie que les termes «cruels et inusités» doivent être pris conjonctivement et, sans se demander si la *Déclaration canadienne des droits* crée de nouveaux droits, il souscrit à la conclusion du juge Ritchie.

Le juge en chef Laskin, appuyé par les juges Spence et Dickson, circonscrit plus précisément la protection accordée par l'al. 2b). Il dit, aux pp. 689 et 690:

Ces jugements de la Cour suprême des États-Unis, que je considère au moins devoir être pris en considération, appuient l'opinion que les mots «cruel et inusité» ne doivent pas être considérés comme conjonctifs, en ce sens qu'il faudrait faire une analyse rigoureusement autonome de chaque mot et que le sens de chacun d'eux doit s'appliquer au cas en litige pour que cette disposition ait quelque effet sur la législation contestée. Il s'agit plutôt de termes qui se complètent et qui, interprétés l'un par l'autre, doivent être considérés comme la formulation concise d'une norme. C'est à mon avis une interprétation raisonnable conforme au devoir de la Cour de ne pas diminuer la protection offerte par la *Déclaration canadienne des droits* en interprétant de façon restrictive ce document quasi constitutionnel.

Après avoir fait une analyse détaillée de la jurisprudence américaine sur le sujet, il invite les tribunaux à recourir au critère suivant, à la p. 688:

... si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine. Ce n'est pas une définition bien précise du par. 2b), mais je doute que l'on puisse faire mieux.

Il a conclu que la peine capitale infligée pour le meurtre d'un agent de la paix ne contrevient pas à cette norme et il s'est dit d'accord avec ses collègues pour rejeter le pourvoi.

L'arrêt de cette Cour *Miller et Cockriell*, précité, est le dernier arrêt important qui ait traité de l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

La divergence entre ces deux points de vue principaux traduit l'hésitation de certains tribunaux à chercher dans la *Déclaration canadienne des droits* une justification pour contrecarrer un objectif régulier du législateur fédéral. Étant donné qu'ils se sont limités dans leurs observations à circonscire l'objectif du législateur et à reconnaître qu'il était régulier pour ensuite refuser d'in-

ment or punishment. Therefore, in seeking guidance for the meaning to be given to the phrase, we can only refer to those criteria elaborated upon by a minority of judges under the *Canadian Bill of Rights*.

These criteria are very usefully synthesized in an article by Professor Tarnopolsky, as he then was, "Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where Do We Look for Guidance?" (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 1. In a summary he wrote, at pp. 32-33:

Without specific attribution as to the court that suggested it, it would be useful to consider the various specific tests that have been suggested:

- (1) Is the punishment such that it goes beyond what is necessary to achieve a legitimate penal aim?
- (2) Is it unnecessary because there are adequate alternatives?
- (3) Is it unacceptable to a large segment of the population?
- (4) Is it such that it cannot be applied upon a rational basis in accordance with ascertained or ascertainable standards?
- (5) Is it arbitrarily imposed?
- (6) Is it such that it has no value in the sense of some social purpose such as reformation, rehabilitation, deterrence or retribution?
- (7) Is it in accord with public standards of decency or propriety?
- (8) Is the punishment of such a character as to shock general conscience or as to be intolerable in fundamental fairness?
- (9) Is it unusually severe and hence degrading to human dignity and worth?

An overview of the cases since decided under s. 12 of the *Charter* reveals that these tests are those substantially resorted to (see for example, *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193 (Ont. H.C.); *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (Ont. H.C.); *Belliveau v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 384, 13 C.C.C. (3d) 138 (T.D.); *Piche v. Solicitor-General of Canada* (1984), 17 C.C.C. (3d) 1 (F.C.T.D.); *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (Ont. C.A.); *R. v.*

tervenir, ils ont dit peu de chose sur le sens d'une peine ou traitement cruel et inusité. C'est pourquoi, dans la recherche d'un guide sur le sens à donner à cette expression, nous ne pouvons nous référer qu'aux critères élaborés en fonction de la *Déclaration canadienne des droits* par des juges formant une minorité.

Ces critères ont été fort utilement synthétisés par le professeur Tarnopolsky, maintenant juge de la Cour d'appel de l'Ontario, dans son article intitulé «Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where Do We Look for Guidance?» (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 1. Voici le résumé qu'il en donne, aux pp. 32 et 33:

[TRADUCTION] Sans les attribuer spécifiquement au tribunal qui les a avancés, il serait utile d'examiner les divers critères spécifiques proposés:

- (1) La peine va-t-elle au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif pénal légitime?
- (2) Est-elle inutile pour le motif qu'il existe des solutions de rechange appropriées?
- (3) Est-elle inacceptable pour une grande partie de la population?
- (4) Est-elle de nature à ne pouvoir être infligée sur une base rationnelle conformément à des normes vérifiées ou vérifiables?
- (5) Est-elle infligée arbitrairement?
- (6) Est-elle sans valeur à toute fin de réinsertion sociale, de réhabilitation, de dissuasion ou de rétribution?
- (7) S'accorde-t-elle avec les normes publiques de la décence ou de ce qui est acceptable?
- (8) La peine est-elle de nature à choquer la conscience collective ou à être intolérable sur le plan de l'équité fondamentale?
- (9) Est-elle d'une sévérité inhabituelle et donc dégradante pour la dignité et la valeur de l'être humain?

Si l'on survole la jurisprudence fondée depuis sur l'art. 12 de la *Charte*, on constate que c'est à ces critères que l'on a essentiellement eu recours (voir par exemple *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193 (H.C. Ont.); *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (H.C. Ont.); *Belliveau c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 384, 13 C.C.C. (3d) 138 (D.P.I.); *Piche v. Solicitor-General of Canada* (1984), 17 C.C.C. (3d) 1 (D.P.I.C.F.); *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C.

Morrison, Ont. Co. Ct., Mossop Co. Ct. J., July 7, 1983, unreported). Abandonning the debate as to whether "cruel and unusual" should be read disjunctively or conjunctively, most courts have clearly taken the Laskin approach as set out in *Miller and Cockriell* and have treated the phrase "cruel and unusual" as a "compendious expression of a norm" (*In re Gittens*, [1983] 1 F.C. 152, 68 C.C.C. (2d) 438 (T.D.); *Re Mitchell and The Queen*, *supra*; *Re Moore and The Queen*, *supra*; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49 (N.W.T.C.A.); see also *R. v. Morrison*, *supra*).

Relying on the guidelines enunciated under the *Canadian Bill of Rights*, judges deciding cases under s. 12 of the *Charter* have been somewhat more willing, and understandably so, to put legislation to the test. However, be that as it may, the courts have shown some lingering reluctance to interfere with the wisdom of Parliament in enacting the laws that are challenged. Thus, despite the constitutional nature of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the command therein to the courts to oversee the constitutionality of our laws, the approach taken when interpreting laws under the *Canadian Bill of Rights*, has, to some extent, guided the judiciary when considering a constitutional challenge to laws under the *Charter*.

For example, Lacourcière J.A., in *R. v. Langevin*, *supra*, stated, at p. 360:

In the cases considered under s. 2(b) of the *Bill of Rights* such as *Hatchwell v. The Queen* (1973), 14 C.C.C. (2d) 556, [1974] 1 W.W.R. 307, and *Miller and Cockriell*, *supra*, the court took into account the over-all objective of Parliament in the protection of society. I see no reason to depart from this overriding consideration in the interpretation of s. 12 of the *Charter*.

This deference to Parliament has been repeated in many cases (*R. v. Simon (No. 3)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 557 (N.W.T.S.C.); *R. v. Kroeger*

(3d) 336 (C.A. Ont.); *R. v. Morrison*, C. cté Ont., le juge Mossop, le 7 juillet 1983, inédit). Abandonnant le débat quant à la question de savoir si les termes «cruels et inusités» sont disjonctifs ou conjonctifs, la plupart des tribunaux ont nettement adopté le point de vue du juge en chef Laskin énoncé dans l'arrêt *Miller et Cockriell* et ont considéré les termes «cruels et inusités» comme la «formulation concise d'une norme» (*In re Gittens*, [1983] 1 C.F. 152, 68 C.C.C. (2d) 438 (D.P.I.); *Re Mitchell and The Queen*, précité; *Re Moore and The Queen*, précité; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49 (C.A.T.N.-O.); voir aussi *R. v. Morrison*, précité).

Invokant les directives énoncées dans le cadre de la *Déclaration canadienne des droits*, les juges appelés à statuer sur des affaires fondées sur l'art. 12 de la *Charte* se sont montrés un peu plus disposés, on le comprend, à mettre la loi en cause à l'épreuve. Cependant, quoi qu'il en soit, les tribunaux ont fait montre d'une certaine hésitation à mettre en doute la sagesse démontrée par le législateur en adoptant les lois attaquées. Ainsi, en dépit de la nature constitutionnelle de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de l'ordre qu'elle donne aux tribunaux de surveiller la constitutionnalité de nos lois, le point de vue adopté en interprétant des lois en fonction de la *Déclaration canadienne des droits* a, dans une certaine mesure, guidé les tribunaux lorsqu'ils ont été saisis d'une contestation constitutionnelle de lois fondée sur la *Charte*.

Par exemple, le juge Lacourcière de la Cour d'appel affirme à la p. 360 de l'arrêt *R. v. Langevin*, précité:

[TRADUCTION] Dans les affaires examinées en fonction de l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, telles les affaires *Hatchwell v. The Queen* (1973), 14 C.C.C. (2d) 556, [1974] 1 W.W.R. 307, et *Miller et Cockriell*, précitée, le tribunal a tenu compte de l'objectif global du législateur fédéral qui est de protéger la société. Je ne vois aucune raison de m'écarter de cette considération prépondérante quand il s'agit d'interpréter l'art. 12 de la *Charte*.

Cette attitude de déférence pour le législateur fédéral a été adoptée dans bien des affaires (*R. v. Simon (No. 3)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 557

(1984), 13 C.C.C. (3d) 277 (Alta. C.A.); *R. v. Krug* (1982), 7 C.C.C. (3d) 324 (Ont. Dist. Ct.); *R. v. Slaney* (1985), 22 C.C.C. (3d) 240 (Nfld. C.A.); *R. v. Tobac, supra*; *R. v. Randall and Weir* (1983), 7 C.C.C. (3d) 363 (N.S.C.A.); *R. v. Lewis* (1984), 12 C.C.C. (3d) 353 (Ont. C.A.); *R. v. Lyons* (1984), 15 C.C.C. (3d) 129 (N.S.C.A.); *R. v. Morrison, supra*). As regards this subject the comments by Borins Dist. Ct. J. in *R. v. Guiller*, Ont. Dist. Ct., Sept. 23, 1985, unreported, provide a good example, at p. 15:

It is not for the court to pass on the wisdom of Parliament with respect to the gravity of various offences and the range of penalties which may be imposed upon those found guilty of committing the offences. Parliament has broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment. While the final judgment as to whether a punishment exceeds constitutional limits set by the *Charter* is properly a judicial function the court should be reluctant to interfere with the considered views of Parliament and then only in the clearest of cases where the punishment prescribed is so excessive when compared with the punishment prescribed for other offences as to outrage standards of decency.

The Purpose and Effect of a Law

I do not see any reason to depart from the tradition of deference to Parliament that has always been demonstrated by the Canadian courts. However, the pursuit of a constitutionally valid purpose is not, in and of itself, a guarantee of constitutional validity. The courts, the *Charter* so commands, must examine challenged legislation in order to determine whether it infringes a right protected by the *Charter*. As stated by the majority of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 496:

In neither case, be it before or after the *Charter*, have the courts been enabled to decide upon the appropriateness of policies underlying legislative enactments. In both instances, however, the courts are empowered, indeed required, to measure the content of legislation against the guarantees of the Constitution.

(C.S.T.N.-O.); *R. v. Kroeger* (1984), 13 C.C.C. (3d) 277 (C.A. Alb.); *R. v. Krug* (1982), 7 C.C.C. (3d) 324 (C. dist. Ont.); *R. v. Slaney* (1985), 22 C.C.C. (3d) 240 (C.A.T.-N.); *R. v. Tobac*, précitée; *R. v. Randall and Weir* (1983), 7 C.C.C. (3d) 363 (C.A.N.-É.); *R. v. Lewis* (1984), 12 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Ont.); *R. v. Lyons* (1984), 15 C.C.C. (3d) 129 (C.A.N.-É.); *R. v. Morrison*, précitée). À ce propos, les observations du juge Borins dans l'affaire *R. v. Guiller*, C. dist. Ont., le 23 septembre 1985, inédite, nous fournissent un bon exemple, à la p. 15:

[TRADUCTION] Il n'appartient pas au tribunal de se prononcer sur la sagesse du législateur fédéral en ce qui concerne la gravité de diverses infractions et les différentes peines qui peuvent être infligées aux personnes reconnues coupables de les avoir commises. Le législateur jouit d'une compétence discrétionnaire étendue pour interdire certains comportements considérés comme criminels et pour déterminer quelle doit être la sanction appropriée. Si le jugement définitif quant à savoir si une peine excède les limites constitutionnelles fixées par la *Charte* constitue à bon droit une fonction judiciaire, le tribunal devrait néanmoins hésiter à intervenir dans les vues mûrement réfléchies du législateur et ne le faire que dans les cas les plus manifestes où la peine prescrite est excessive, comparativement à la peine prévue pour d'autres infractions, au point de constituer une atteinte aux normes de la décence.

L'objet et l'effet d'une loi

Je ne vois aucune raison d'abandonner cette tradition de déférence pour le législateur dont ont toujours fait preuve les tribunaux canadiens. Toutefois, la poursuite d'un objectif constitutionnel n'est pas, en soi, une garantie de constitutionnalité. Les tribunaux, c'est la *Charte* qui l'exige, doivent examiner la loi contestée afin de déterminer si elle porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Comme l'a dit cette Cour à la majorité dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 496:

Ni avant ni après l'adoption de la *Charte*, les tribunaux n'ont été habilités à se prononcer sur l'à-propos des politiques sous-jacentes à l'adoption des lois. Dans l'un et l'autre cas toutefois, les tribunaux ont le pouvoir et même le devoir d'apprécier le contenu de la loi en fonction des garanties accordées par la Constitution.

In measuring the content of the legislation, the courts are to look to the purpose and effect of the legislation. Dickson J., as he then was, in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, speaking for the majority of this Court, stated at p. 331:

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

And further, at p. 334:

... I agree with the respondent that the legislation's purpose is the initial test of constitutional validity and its effects are to be considered when the law under review has passed or, at least, has purportedly passed the purpose test ... Thus, if a law with a valid purpose interferes by its impact, with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability and possibly its validity. In short, the effects test will only be necessary to defeat legislation with a valid purpose; effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose.

Thus, even though the pursuit of a constitutionally invalid purpose will result in the invalidity of the impugned legislation irrespective of its effects, a valid purpose does not end the constitutional inquiry. The means chosen by Parliament to achieve that valid purpose may result in effects which deprive Canadians of their rights guaranteed under the *Charter*. In such a case it would then be incumbent upon the authorities to demonstrate under s. 1 that the importance of that valid purpose is such that, irrespective of the effect of the legislation, it is a reasonable limit in a free and democratic society.

The undisputed fact that the purpose of s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* is constitutionally valid is not a bar to an analysis of s. 5(2) in order to determine if the minimum has the effect of obliging the judge in certain cases to impose a cruel and unusual punishment, and thereby is a *prima facie* violation of s. 12; and, if it is, to then reconsider under s. 1 that purpose and any other considerations relevant to determining whether the impugned legislation may be salvaged.

En contrôlant le contenu d'une loi, les tribunaux doivent en examiner l'objet et l'effet. Le juge Dickson, maintenant Juge en chef du Canada, affirme au nom de la Cour à la majorité, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 331:

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

Et, plus loin, à la p. 334:

... je partage l'avis de l'intimée que le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi en cause et que ses effets doivent être pris en considération lorsque la loi examinée satisfait ou, à tout le moins, est censée satisfaire à ce premier critère [...] Donc, si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide. Bref, le critère des effets n'est nécessaire que pour invalider une loi qui a un objet valable; les effets ne peuvent jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable.

Ainsi, même si la poursuite d'un objectif inconstitutionnel entraîne l'invalidité de la loi attaquée, indépendamment de ses effets, un objectif régulier ne met pas un terme à l'analyse constitutionnelle. Les moyens choisis par le législateur pour atteindre cet objectif régulier peuvent avoir des effets qui privent les Canadiens des droits que leur garantit la *Charte*. Dans un tel cas, il incombe aux autorités de démontrer, en vertu de l'article premier, que l'importance de cet objectif régulier est telle que, indépendamment de l'effet de la loi, il s'agit d'une limite raisonnable apportée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le fait incontesté que l'objet du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* est constitutionnel n'empêche pas d'analyser ce paragraphe afin de déterminer si la peine minimale prescrite a pour effet, dans certains cas, d'obliger le juge à imposer une peine cruelle et inusitée, et si elle viole ainsi à première vue l'art. 12; et, dans l'affirmative, il n'empêche pas de réexaminer, en vertu de l'article premier, cet objet et toute autre considération utile pour déterminer si la loi attaquée peut être sauvegardée.

The meaning of s. 12

It is generally accepted in a society such as ours that the state has the power to impose a "treatment or punishment" on an individual where it is necessary to do so to attain some legitimate end and where the requisite procedure has been followed. The *Charter* limits this power: s. 7 provides that everyone has the right not to be deprived of life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice, s. 9 provides that everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned, and s. 12 guarantees the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

The limitation at issue here is s. 12 of the *Charter*. In my view, the protection afforded by s. 12 governs the quality of the punishment and is concerned with the effect that the punishment may have on the person on whom it is imposed. I would agree with Laskin C.J. in *Miller and Cockriell, supra*, where he defined the phrase "cruel and unusual" as a "compendious expression of a norm". The criterion which must be applied in order to determine whether a punishment is cruel and unusual within the meaning of s. 12 of the *Charter* is, to use the words of Laskin C.J. in *Miller and Cockriell, supra*, at p. 688, "whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency". In other words, though the state may impose punishment, the effect of that punishment must not be grossly disproportionate to what would have been appropriate.

In imposing a sentence of imprisonment, the judge will assess the circumstances of the case in order to arrive at an appropriate sentence. The test for review under s. 12 of the *Charter* is one of gross disproportionality, because it is aimed at punishments that are more than merely excessive. We should be careful not to stigmatize every disproportionate or excessive sentence as being a constitutional violation, and should leave to the usual sentencing appeal process the task of reviewing the fitness of a sentence. Section 12 will only be infringed where the sentence is so unfit having regard to the offence and the offender as to be grossly disproportionate.

Le sens de l'art. 12

Il est généralement admis dans une société comme la nôtre que l'État peut infliger à un particulier «un traitement ou une peine» lorsque cela est nécessaire à la réalisation d'une fin légitime et que la procédure requise a été suivie. La *Charte* limite ce pouvoir: l'art. 7 prévoit qu'il ne peut être porté atteinte au droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, l'art. 9 stipule que chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires et l'art. 12 garantit le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

La limite en cause en l'espèce est celle apportée par l'art. 12 de la *Charte*. À mon avis, la protection accordée par l'art. 12 régit la qualité de la peine et vise l'effet que la peine peut avoir sur la personne à qui elle est infligée. Je suis d'accord avec ce que dit le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Miller et Cockriell*, précité, lorsqu'il définit les termes «cruels et inusités» comme la «formulation concise d'une norme». Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* consiste, pour reprendre les termes utilisés par le juge en chef Laskin à la p. 688 de l'arrêt *Miller et Cockriell*, précité, à se demander «si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine.» En d'autres termes, bien que l'État puisse infliger une peine, l'effet de cette peine ne doit pas être exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié.

En imposant une peine d'emprisonnement, le juge se doit d'évaluer les circonstances de l'affaire afin de prononcer une sentence appropriée. Le critère applicable à l'examen en vertu de l'art. 12 de la *Charte* est celui de la disproportion exagérée, étant donné qu'il vise les peines qui sont plus que simplement excessives. Il faut éviter de considérer que toute peine disproportionnée ou excessive est contraire à la Constitution et laisser au processus normal d'appel en matière de sentence la tâche d'examiner la justesse d'une peine. Il n'y aura violation de l'art. 12 que si, compte tenu de l'infraction et du contrevenant, la sentence est inappropriée au point d'être exagérément disproportionnée.

In assessing whether a sentence is grossly disproportionate, the court must first consider the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender and the particular circumstances of the case in order to determine what range of sentences would have been appropriate to punish, rehabilitate or deter this particular offender or to protect the public from this particular offender. The other purposes which may be pursued by the imposition of punishment, in particular the deterrence of other potential offenders, are thus not relevant at this stage of the inquiry. This does not mean that the judge or the legislator can no longer consider general deterrence or other penological purposes that go beyond the particular offender in determining a sentence, but only that the resulting sentence must not be grossly disproportionate to what the offender deserves. If a grossly disproportionate sentence is "prescribed by law", then the purpose which it seeks to attain will fall to be assessed under s. 1. Section 12 ensures that individual offenders receive punishments that are appropriate, or at least not grossly disproportionate, to their particular circumstances, while s. 1 permits this right to be overridden to achieve some important societal objective.

One must also measure the effect of the sentence actually imposed. If it is grossly disproportionate to what would have been appropriate, then it infringes s. 12. The effect of the sentence is often a composite of many factors and is not limited to the quantum or duration of the sentence but includes its nature and the conditions under which it is applied. Sometimes by its length alone or by its very nature will the sentence be grossly disproportionate to the purpose sought. Sometimes it will be the result of the combination of factors which, when considered in isolation, would not in and of themselves amount to gross disproportionality. For example, twenty years for a first offence against property would be grossly disproportionate, but so would three months of imprisonment if the prison authorities decide it should be served in solitary confinement. Finally, I should add that some punishments or treatments will always be grossly disproportionate and will always outrage our standards

En vérifiant si une peine est exagérément disproportionnée, la cour doit d'abord prendre en considération la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l'affaire afin de déterminer quelles peines auraient été appropriées pour punir, réhabiliter ou dissuader ce contrevenant particulier ou pour protéger le public contre ce dernier. Ainsi, les autres objectifs que peut viser l'imposition d'une peine, en particulier la dissuasion d'autres contrevenants en puissance, sont sans importance à cette étape de l'analyse. Cela signifie non pas que le juge ou le législateur ne peut plus, en déterminant une peine, prendre en considération la dissuasion générale ou d'autres objectifs pénologiques qui vont au delà du contrevenant particulier, mais seulement que la peine qui résulte ne doit pas être exagérément disproportionnée à ce que mérite le contrevenant. Si une peine exagérément disproportionnée est prescrite «par une règle de droit», alors l'objectif qu'elle vise devra faire l'objet d'une évaluation en vertu de l'article premier. L'article 12 a pour effet d'assurer que chaque contrevenant se voie infliger une peine appropriée, ou tout au moins non exagérément disproportionnée, à sa situation particulière, alors que l'article premier permet de passer outre à ce droit afin de réaliser un objectif social important.

Il faut également évaluer l'effet de la peine qui est effectivement infligée. Si cet effet est exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié, alors elle viole l'art. 12. L'effet de la peine est souvent le produit de plusieurs facteurs et ne se limite pas à l'importance ou à la durée de cette peine, mais comprend sa nature et les circonstances dans lesquelles elle est imposée. C'est parfois en raison de sa seule longueur ou de sa nature même que la peine est exagérément disproportionnée à l'objectif poursuivi. Dans d'autres cas, c'est le résultat d'une combinaison de facteurs qui pris isolément n'engendreraient pas en soi une disproportion exagérée. À titre d'exemple, une peine de vingt années pour une première infraction contre la propriété serait exagérément disproportionnée, mais il en serait de même d'une peine de trois mois d'emprisonnement dans le cas où les autorités pénitentiaires décideraient qu'elle doit être purgée dans une cellule d'isolement. Enfin, je dois ajouter

of decency: for example, the infliction of corporal punishment, such as the lash, irrespective of the number of lashes imposed, or, to give examples of treatment, the lobotomisation of certain dangerous offenders or the castration of sexual offenders.

The numerous criteria proposed pursuant to s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* and the Eighth Amendment of the American Constitution are, in my opinion, useful as factors to determine whether a violation of s. 12 has occurred. Thus, to refer to tests listed by Professor Tarnopolsky, the determination of whether the punishment is necessary to achieve a valid penal purpose, whether it is founded on recognized sentencing principles, and whether there exist valid alternatives to the punishment imposed, are all guidelines which, without being determinative in themselves, help to assess whether the punishment is grossly disproportionate.

There is a further aspect of proportionality which has been considered on occasion by the American courts: a comparison with punishments imposed for other crimes in the same jurisdiction (*Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983), at p. 291). Of course, the simple fact that penalties for similar offences are divergent does not necessarily mean that the greater penalty is grossly disproportionate and thus cruel and unusual. At most, the divergence in penalties is an indication that the greater penalty may be excessive, but it will remain necessary to assess the penalty in accordance with the factors discussed above. The notion that there must be a gradation of punishments according to the malignity of offences may be considered to be a principle of fundamental justice under s. 7, but, given my decision under s. 12, I do not find it necessary to deal with that issue here.

On more than one occasion the courts in Canada have alluded to a further factor, namely, whether the punishment was arbitrarily imposed. As regards this factor, some comments should be

que certaines peines ou certains traitements seront toujours exagérément disproportionnés et incompatibles avec la dignité humaine: par exemple, l'imposition d'un châtement corporel comme la peine du fouet, sans égard au nombre de coups de fouet imposé ou, à titre d'exemple de traitement, la lobotomie de certains criminels dangereux, ou la castration d'auteurs de crimes sexuels.

Les nombreux critères proposés conformément à l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* et au Huitième amendement de la Constitution américaine sont, à mon avis, utiles comme facteurs permettant de déterminer s'il y a eu violation de l'art. 12. Ainsi, pour mentionner les critères énoncés par le professeur Tarnopolsky, les questions de savoir si la peine est nécessaire pour atteindre un objectif pénal régulier, si elle est fondée sur des principes reconnus en matière de détermination de la sentence et s'il existe des solutions de rechange valables à la peine imposée, constituent des lignes directrices qui, sans être décisives en elles-mêmes, aident à vérifier si la peine est exagérément disproportionnée.

Il existe un autre aspect de la proportionnalité que les tribunaux américains ont parfois examiné: une comparaison avec les peines imposées pour d'autres crimes dans le même ressort (*Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983), à la p. 291). Il va de soi que le simple fait que les peines imposées pour des infractions similaires divergent ne signifie pas nécessairement que la peine plus sévère est exagérément disproportionnée et, ainsi, cruelle et inusitée. Tout au plus, la divergence de peines indique qu'il se peut que la peine plus sévère soit excessive, mais il restera nécessaire d'évaluer la peine en fonction des facteurs examinés plus haut. La notion portant qu'il doit y avoir une échelle de peines fondée sur la gravité des infractions peut être considérée comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, mais compte tenu de ma décision au chapitre de l'art. 12, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de traiter cette question en l'espèce.

À plus d'une occasion, les tribunaux au Canada ont examiné un autre facteur, savoir si la peine avait été infligée arbitrairement. Au sujet de ce facteur, quelques commentaires s'imposent car

made, because arbitrariness of detention and imprisonment is addressed by s. 9, and, to the extent that the arbitrariness, given the proper context, could be in breach of a principle of fundamental justice, it could trigger a *prima facie* violation under s. 7. As indicated above, s. 12 is concerned with the effect of a punishment, and, as such, the process by which the punishment is imposed is not, in my respectful view, of any great relevance to a determination under s. 12. For example, s. 12 would not be infringed if a judge, after having refused to hear any submissions on sentencing, indicated that he would not take into consideration any relevant factors, but then went on to impose arbitrarily a preconceived but appropriate sentence. In my view, because this result would be appropriate, the sentence cannot be characterized as grossly disproportionate and violative of s. 12.

This reference to the arbitrary nature of the punishment as a factor is a direct import into Canada of one of the tests elaborated upon by the American judiciary in dealing with the Eighth Amendment of their Constitution. Although the tests developed by the Americans provide useful guidance, they stem from the analysis of a constitution which is different in many respects from the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Both countries protect roughly the same rights but the means by which this has been achieved are not identical. In addition to the protection afforded by s. 12, our *Charter* provides express protection against arbitrary imprisonment (s. 9) and against deprivations of the right to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice (s. 7). Furthermore, as there is no parallel to ss. 1 and 24 of the *Charter* in the American Constitution, the dynamics of challenges to the validity of American laws are different. As a result, judicial interpretation of the Eighth Amendment has had to be more expansive than would be necessary under s. 12 of the *Charter*. In Canada, the protection of one's liberty is to be found in various provisions of the *Charter* and the content of each of those sections must be determined in light of the guarantees enunciated in the

l'art. 9 traite de la détention et de l'emprisonnement arbitraires et, dans la mesure où le caractère arbitraire, dans un contexte approprié, pourrait contrevenir à un principe de justice fondamentale, il pourrait engendrer une violation à première vue de l'art. 7. Comme je l'ai dit précédemment, l'art. 12 vise l'effet d'une peine et, avec égards, j'estime que la façon, comme telle, dont la peine est infligée n'est pas très pertinente dans le cas d'une décision fondée sur l'art. 12. Par exemple, il n'y a pas d'atteinte à l'art. 12 si un juge, après avoir refusé d'entendre des représentations sur la sentence, a déclaré qu'il ne tiendrait compte d'aucun facteur pertinent, pour ensuite imposer arbitrairement une peine préconçue mais appropriée. À mon avis, vu que ce résultat serait approprié, la sentence ne pourrait être qualifiée d'exagérément disproportionnée et de contraire à l'art. 12.

Cette mention de la nature arbitraire de la peine comme facteur à considérer constitue une transposition directe au Canada de l'un des critères élaborés par les tribunaux américains relativement au Huitième amendement de leur constitution. Si les critères élaborés par les Américains peuvent servir de guide utile, ils n'en découlent pas moins de l'analyse d'une constitution qui diffère à bien des égards de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les deux pays protègent à peu près les mêmes droits, mais les moyens d'y arriver sont différents. En sus de la protection accordée par l'art. 12, notre *Charte* offre une protection expresse contre l'emprisonnement arbitraire (art. 9) et contre les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale (art. 7). De plus, comme l'article premier et l'art. 24 de la *Charte* n'ont pas d'équivalents dans la Constitution américaine, la dynamique des contestations de validité des lois américaines est différente. C'est pourquoi l'interprétation judiciaire du Huitième amendement a dû être plus large que ce qui serait nécessaire dans le cas de l'art. 12 de la *Charte*. Au Canada, la protection de la liberté de l'individu se retrouve dans diverses dispositions de la *Charte* et le contenu de chacun de ces articles doit être établi

other sections and the content the courts will be putting into those sections. Thus, any comments on the meaning of s. 12 must be made with s. 9 in mind and, as whenever ss. 8 to 14 are at issue, in light of s. 7 (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*).

The criterion of arbitrariness developed by the Supreme Court of the United States pursuant to the Eighth Amendment of their Constitution involved, for the most part, cases that dealt with the validity of the death penalty. In the United States, where criminal law is within the competence of the state legislatures and thus varies from state to state, the judiciary was concerned with possible discrepancies in the imposition of the death penalty throughout their country. The judges were also concerned with the fact that the law often leaves in the U.S. "to the uncontrolled discretion of judges or juries the determination whether defendants committing these crimes should die or be imprisoned", and that one cannot read the history of the Eighth Amendment "without realizing that the desire for equality was reflected in the ban against 'cruel and unusual punishments' contained in the Eighth Amendment" (*per Douglas J. in Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), at pp. 253 and 255). This introduction of arbitrariness for the precise purpose of ensuring equality under the law, however appropriate in the United States, should not simply be transplanted into the Canadian context where the criminal law power is within the competence of the federal government and thus uniform throughout the country. We in Canada also have other sections in the *Charter* to protect the equality of all in face of the law, amongst others, s. 15(1). In any event, I find it would be dangerous to approach our "cruel and unusual" punishment section on the rationale of equality and conclude that uniformly applied, through mandatory imposition or otherwise, a sentence could no longer, on the basis of arbitrariness, be considered cruel and unusual. I therefore find arbitrariness a minimal factor in the determination of whether a punishment or treatment is cruel and unusual.

en fonction des garanties énoncées dans les autres articles et du contenu que les tribunaux attribuent à ces derniers. Ainsi, tout commentaire sur le sens de l'art. 12 doit se faire en ayant l'art. 9 à l'esprit et, dans les cas où les art. 8 à 14 sont en cause, en tenant compte de l'art. 7 (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité).

Le critère du caractère arbitraire élaboré par la Cour suprême des États-Unis, conformément au Huitième amendement de leur Constitution, portait en majeure partie sur des affaires mettant en cause la validité de la peine de mort. Aux États-Unis, où le droit criminel relève de la compétence des assemblées législatives des États et varie donc d'un État à l'autre, les tribunaux se sont préoccupés des divergences possibles dans l'imposition de la peine de mort à l'échelle du pays. Les juges se sont également préoccupés du fait que la loi aux États-Unis laisse souvent [TRADUCTION] «à la discrétion non contrôlée des juges ou des jurés la détermination de la question de savoir si les défendeurs qui ont commis ces crimes devraient mourir ou être emprisonnés», et du fait que l'on ne puisse examiner l'historique du Huitième amendement [TRADUCTION] «sans réaliser que la volonté d'égalité se reflète dans l'interdiction d'infliger des «châtiments cruels et d'un genre inaccoutumé», que l'on trouve dans le Huitième amendement» (le juge Douglas dans *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), aux pp. 253 et 255). Cette introduction du caractère arbitraire visant précisément à assurer l'égalité devant la loi, quelque appropriée qu'elle soit aux États-Unis, ne doit tout simplement pas être transposée dans le contexte canadien où la compétence en matière de droit criminel relève du gouvernement fédéral et est ainsi uniforme dans tout le pays. Au Canada, nous avons en outre dans la *Charte* d'autres dispositions qui visent à protéger l'égalité de tous devant la loi, notamment le par. 15(1). De toute manière, j'estime qu'il serait dangereux d'aborder notre disposition qui traite des peines «cruelles et inusitées» en fonction du raisonnement d'égalité pour conclure qu'appliquée uniformément, par imposition obligatoire ou autrement, une sentence ne peut plus arbitrairement être considérée comme cruelle et inusitée. Je conclus donc que le caractère arbitraire constitue un facteur minime pour ce qui est de déterminer si une peine ou un traitement est cruel et inusité.

Of course because we live in a free, democratic and progressive society, cruelty and gross discrepancy of treatment of those we punish has generally, under the rule of law, been kept in check through legislation imposing limitations on what we can do to others under the law and through the development of elaborate sentencing guidelines and review through appeals. Therefore when a cruel and unusual punishment is inflicted it will often be the result of a disregard for those laws and guidelines and as such will be the result of arbitrariness in the choice of the punishment. However, as I said, a sentence is or is not grossly disproportionate to the purpose sought or a punishment is or is not cruel and unusual irrespective of why the violation has taken place.

Section 5(2) of the Narcotic Control Act

At issue in this appeal is the minimum term of imprisonment provided for by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*. It thus is not necessary to delimit the scope of the terms "treatment" and "punishment", since they clearly include the imposition by a judge of a term of imprisonment. The minimum seven-year imprisonment fails the proportionality test enunciated above and therefore *prima facie* infringes the guarantees established by s. 12 of the *Charter*. The simple fact that s. 5(2) provides for a mandatory term of imprisonment does not by itself lead to this conclusion. A minimum mandatory term of imprisonment is obviously not in and of itself cruel and unusual. The legislature may, in my view, provide for a compulsory term of imprisonment upon conviction for certain offences without infringing the rights protected by s. 12 of the *Charter*. For example, a long term of penal servitude for he or she who has imported large amounts of heroin for the purpose of trafficking would certainly not contravene s. 12 of the *Charter*, quite the contrary. However, the seven-year minimum prison term of s. 5(2) is grossly disproportionate when examined in light of the wide net cast by s. 5(1).

Il va de soi que, parce que nous vivons dans une société libre, démocratique et progressive, la cruauté et les divergences exagérées dans le traitement de ceux que nous punissons ont généralement, en vertu du principe de la primauté du droit, été refrénées par l'adoption de mesures législatives imposant des limites à ce qui peut être fait aux autres en vertu de la loi, par l'établissement de lignes directrices élaborées en matière de détermination de la sentence et grâce au processus d'examen par voie d'appel. Par conséquent, lorsqu'une peine cruelle et inusitée est infligée, elle résulte souvent de l'inobservation de ces lois et lignes directrices et, comme tel, de l'arbitraire dont on a fait preuve en la choisissant. Toutefois, comme je l'ai dit, une sentence est ou n'est pas exagérément disproportionnée à l'objectif poursuivi ou encore une peine est ou n'est pas cruelle et inusitée sans égard à la raison pour laquelle la violation a été commise.

Le paragraphe 5(2) de la Loi sur les stupéfiants

C'est la peine minimale d'emprisonnement prévue par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* qui est en cause dans le présent pourvoi. Il n'est donc pas nécessaire de délimiter la portée des termes «traitements» et «peines» puisqu'ils comprennent nettement l'imposition par un juge d'une peine d'emprisonnement. La peine minimale de sept années d'emprisonnement n'est pas conforme au critère de la proportionnalité énoncé plus haut et viole donc à première vue les garanties établies par l'art. 12 de la *Charte*. Le simple fait que le par. 5(2) prescrive une peine obligatoire d'emprisonnement ne conduit pas en soi à cette conclusion. Une peine minimale obligatoire d'emprisonnement n'est manifestement pas cruelle et inusitée en soi. Le législateur peut, à mon avis, prescrire une peine obligatoire d'emprisonnement dans le cas d'une déclaration de culpabilité de certaines infractions sans porter atteinte aux droits garantis par l'art. 12 de la *Charte*. Par exemple, une longue peine d'incarcération infligée à celui ou à celle qui a importé de grandes quantités d'héroïne à des fins de trafic n'enfreindrait certainement pas l'art. 12 de la *Charte*, bien au contraire. Toutefois, la peine minimale de sept ans d'emprisonnement, que prescrit le par. 5(2), est exagérément disproportionnée compte tenu de la portée du par. 5(1).

As indicated above, the offence of importing enacted by s. 5(1) of the *Narcotic Control Act* covers numerous substances of varying degrees of dangerousness and totally disregards the quantity of the drug imported. The purpose of a given importation, such as whether it is for personal consumption or for trafficking, and the existence or nonexistence of previous convictions for offences of a similar nature or gravity are disregarded as irrelevant. Thus, the law is such that it is inevitable that, in some cases, a verdict of guilt will lead to the imposition of a term of imprisonment which will be grossly disproportionate.

This is what offends s. 12, the certainty, not just the potential. Absent the minimum, the section still has the potential of operating so as to impose cruel and unusual punishment. But that would only occur if and when a judge chose to impose, let us say, seven years or more on the "small offender". Remedy will then flow from s. 24. It is the judge's sentence, but not the section, that is in violation of the *Charter*. However, the effect of the minimum is to insert the certainty that, in some cases, as of conviction the violation will occur. It is this aspect of certainty that makes the section itself a *prima facie* violation of s. 12, and the minimum must, subject to s. 1, be declared of no force or effect.

In its factum, the Crown alleged that such eventual violations could be, and are in fact, avoided through the proper use of prosecutorial discretion to charge for a lesser offence.

In my view the section cannot be salvaged by relying on the discretion of the prosecution not to apply the law in those cases where, in the opinion of the prosecution, its application would be a violation of the *Charter*. To do so would be to disregard totally s. 52 of the *Constitution Act, 1982* which provides that any law which is inconsistent with the Constitution is of no force or effect to the extent of the inconsistency and the courts are duty bound to make that pronouncement, not to delegate the avoidance of a violation to the prosecution or to anyone else for that matter. Therefore, to conclude, I find that the minimum

Comme je l'ai déjà dit, l'infraction d'importation définie au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants* vise de nombreuses substances plus ou moins dangereuses et ne tient absolument pas compte de la quantité de drogue importée. L'objet d'une importation donnée, tel la consommation personnelle ou le trafic, et l'existence ou l'absence de condamnations antérieures pour des infractions de nature ou de gravité similaire sont jugés sans importance et ne sont donc pas pris en considération. Ainsi la loi fait que, dans certains cas, un verdict de culpabilité entraînera inévitablement l'imposition d'une peine d'emprisonnement qui sera exagérément disproportionnée.

C'est ce qui porte atteinte à l'art. 12, savoir la certitude et non simplement la potentialité. Sans ce minimum, l'article reste quand même susceptible de servir à imposer une peine cruelle et inusitée. Mais cela ne se produira que si un juge choisit d'infliger, disons, sept ans ou plus au «petit contrevenant». On pourra alors avoir recours à l'art. 24. C'est la sentence du juge, et non l'article, qui viole la *Charte*. Toutefois, le minimum a pour effet de créer la certitude que, dans certains cas, dès qu'il y aura déclaration de culpabilité, la violation se produira. C'est cet élément de certitude qui fait que l'article lui-même viole à première vue l'art. 12 et le minimum doit donc, sous réserve de l'article premier, être déclaré inopérant.

Dans son mémoire, le ministère public soutient que de telles violations éventuelles peuvent être évitées, et le sont vraiment, par l'utilisation appropriée du pouvoir discrétionnaire du ministère public d'inculper pour une infraction moindre.

À mon avis, l'article ne peut pas être sauvé en invoquant ce pouvoir discrétionnaire qu'a le ministère public de ne pas appliquer la loi dans les cas où il estime que son application entraînerait une violation de la *Charte*. Ce serait là ignorer totalement l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui porte que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit et les tribunaux ont le devoir de déclarer qu'il en est ainsi; ils ne peuvent laisser ni au ministère public ni à personne d'autre le soin d'éviter une violation. Donc, pour conclure, je suis d'avis que la peine minimale d'emprisonnement

term of imprisonment provided for by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* infringes the rights guaranteed by s. 12 and, as such, is a *prima facie* violation of the *Charter*. Subject to the section's being salvaged under s. 1, the minimum must be declared of no force or effect.

Section 1 of the Charter

Section 1 of the *Charter* provides that:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

This Court has already had occasion to address s. 1. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*; and *R. v. Oakes*, *supra*, this Court indicated that once there has been a *prima facie* violation of the *Charter* the burden rests upon the authorities to salvage the legislative provision in question. In *Oakes*, this Court set out the criteria which must be met in order to discharge this burden. Dickson C.J., speaking for the majority, stated the following at p. 138:

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352.

And further, at p. 139:

Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to

prescrite par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* porte atteinte aux droits garantis par l'art. 12 et qu'à ce titre elle constitue une violation à première vue de la *Charte*. Sauf si la disposition est sauvegardée en vertu de l'article premier, le minimum doit être déclaré inopérant.

L'article premier de la Charte

L'article premier de la *Charte* porte:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Cette Cour a déjà eu l'occasion d'aborder l'article premier. Dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, et *R. c. Oakes*, précité, elle a clairement indiqué que lorsqu'il y a eu violation à première vue de la *Charte*, il appartient aux autorités de sauvegarder la disposition législative en cause. Dans l'arrêt *Oakes*, la Cour a énoncé les critères auxquels il faut satisfaire pour s'acquitter de cette charge. Le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, affirme ce qui suit, à la p. 138:

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352.

Et plus loin, à la p. 139:

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois élé-

achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance". [Emphasis in original.]

In the present appeal, the Crown had but one argument. It urged upon us that the imposition of severe punishments on drug importers will discourage the perpetration of such a serious crime. Those non-users, who import and traffic in such noxious drugs as heroin, are slave masters and responsible not only for the destruction of numerous human beings, but also for the very extensive criminal activity which is spawned by the drug trade. In my view, the fight against the importing and trafficking of hard drugs is, without a doubt, an objective "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom".

This then brings us to the next phase of the test, the proportionality of the means chosen to reach that "important" result. Of course, the means chosen do "achieve the objective in question". The certainty that all those who contravene the prohibition against importing will be sentenced to at least seven years in prison will surely deter people from importing narcotics. Therefore, rationality, the first prong of the proportionality test, has been met. But the Crown's justification fails the second prong, namely minimum impairment of the rights protected by s. 12. Clearly there is no need to be indiscriminate. We do not need to sentence the small offenders to seven years in prison in order to deter the serious offender. Indeed, the net cast by s. 5(2) for sentencing purposes need not be so wide as that cast by s. 5(1) for conviction purposes. The result sought could be achieved by limiting the imposition of a minimum sentence to the import-

ments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme «suffisamment important». [Souligné dans l'original.]

Dans le présent pourvoi, le ministère public n'a qu'un seul argument. Il nous fait valoir que l'imposition de peines sévères aux importateurs de stupéfiants aura pour effet de décourager la perpétration d'un crime aussi grave. Les non-utilisateurs, qui importent des drogues aussi nocives que l'héroïne et qui en font le trafic, sont des maîtres d'esclaves responsables non seulement de la destruction de nombreux êtres humains, mais aussi des activités criminelles fort importantes que génère le commerce de la drogue. À mon avis, la lutte contre l'importation et le trafic des drogues dures est sans aucun doute un objectif «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution».

Cela nous amène donc au deuxième volet du critère, la proportionnalité du moyen choisi pour arriver à ce résultat «important». Il va sans dire que les moyens choisis permettent effectivement d'atteindre l'objectif en question. La certitude que tous ceux qui enfreignent l'interdiction d'importation seront condamnés à au moins sept ans d'emprisonnement aura certainement pour résultat de dissuader les gens d'importer des stupéfiants. Donc, la rationalité, le premier volet du critère de proportionnalité, est satisfaite. Mais la justification du ministère public s'effondre dans le cas du second volet, savoir une atteinte minimale aux droits garantis par l'art. 12. Manifestement, il n'est pas nécessaire d'agir sans distinction. Il n'est pas nécessaire de condamner les petits contrevenants à sept ans de prison pour dissuader l'auteur d'une infraction grave. En réalité, la portée du par. 5(2) en matière de sentence n'a pas à être aussi

ing of certain quantities, to certain specific narcotics of the schedule, to repeat offenders, or even to a combination of these factors. But the wording of the section and the schedule is much broader. I should add that, in my view, the minimum sentence also creates some problems. In particular, it inserts into the system a reluctance to convict and thus results in acquittals for picayune reasons of accused who do not deserve a seven-year sentence, and it gives the Crown an unfair advantage in plea bargaining as an accused will be more likely to plead guilty to a lesser or included offence. For these reasons, the minimum imprisonment provided for by s. 5(2) breaches s. 12 of the *Charter* and this breach has not been justified under s. 1.

Having written these reasons some time ago, I have not referred to recent decisions of the courts or recent publications. However, I wish to refer to the Report of the Canadian Sentencing Commission entitled *Sentencing Reform: A Canadian Approach* (1987), which gives some support to my conclusion. The Commission recommended the abolition of mandatory minimum penalties for all offences except murder and high treason because it was of the view that (p. 188):

... existing mandatory minimum penalties, with the exception of those prescribed for murder and high treason, serve no purpose that can compensate for the disadvantages resulting from their continued existence.

Conclusion

In my view, the constitutional question should be answered in the affirmative as regards s. 12 of the *Charter*, and the minimum sentence provided for by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* should therefore be declared to be of no force or effect. It is not necessary, for reasons discussed above, to answer the question as regards ss. 7 and 9.

large que celle du par. 5(1) en matière de déclaration de culpabilité. Le résultat recherché aurait pu être atteint en limitant l'imposition d'une peine minimale à l'importation de certaines quantités, à certains stupéfiants déterminés de l'annexe, aux récidivistes ou même à une combinaison de ces facteurs. Mais le texte de l'article et de l'annexe est beaucoup plus général. Je devrais ajouter qu'à mon avis la peine minimale crée aussi certains problèmes. En particulier, elle insère dans le système une certaine réticence à condamner et entraîne ainsi des acquittements, pour des raisons insignifiantes, d'accusés qui ne méritent pas une sentence de sept ans, et elle confère au ministère public un avantage injuste en matière de négociation de plaidoyer étant donné qu'il sera plus probable qu'un accusé plaidera coupable à une accusation d'infraction moindre ou incluse. Pour ces motifs, l'emprisonnement minimal prévu par le par. 5(2) viole l'art. 12 de la *Charte* et cette violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Vu que j'ai rédigé ces motifs il y a quelque temps de cela, je n'ai pas fait référence aux décisions judiciaires récentes ou aux dernières publications. Toutefois, je tiens à mentionner le Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, intitulé *Réformer la sentence: une approche canadienne* (1987), qui étaye jusqu'à un certain point ma conclusion. La Commission recommande l'abolition des peines minimales obligatoires dans le cas de toutes les infractions sauf le meurtre et la haute trahison parce qu'elle estime que (p. 206):

... à l'exception de celles prévues pour le meurtre et la haute trahison, les peines minimales obligatoires actuelles n'ont aucun effet susceptible de compenser leurs désavantages.

Conclusion

À mon avis, la question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative quant à l'art. 12 de la *Charte* et la peine minimale prescrite par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* doit donc être déclarée inopérante. Il n'est pas nécessaire, pour les motifs exposés plus haut, de répondre à la question en ce qui concerne les art. 7 et 9.

Now to deal with the appellant. The majority of the Court of Appeal upheld the eight year sentence imposed by the trial judge. Because this is not a sentence appeal and because there was no suggestion that the sentence of eight years imposed on the appellant was cruel and unusual, I would normally dismiss this appeal. However, the Court of Appeal considered the fitness of the sentence in the context of a seven year minimum, and we cannot ascertain whether or not they were influenced by that minimum, though I am inclined to think that they were not as they held that an eight year sentence was not inappropriate. Counsel for the Crown, however, stated at the hearing that, were we to declare the minimum of no force or effect, the disposition preferable in his view of the appeal would be to allow the appeal and remit the matter to the Court of Appeal for a reconsideration of the sentence appeal in that court. Given this concession and my conclusion that the minimum is of no force or effect, I would so order.

I should add that I do not wish this manner of disposition to be taken as any indication whatsoever of what I may think the appropriate sentence in this particular case might be.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J. (dissenting)—This appeal concerns the question whether s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, as amended, infringes ss. 7, 9 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The principal issue raised concerns the application of s. 12, which prohibits cruel and unusual treatment or punishment in these terms:

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

A constitutional question was stated by the Chief Justice in the following terms:

Whether the mandatory minimum sentence of seven years prescribed by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 is contrary to, infringes, or denies the rights and guarantees contained in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and in particular the rights contained in ss. 7, 9 and 12 thereof?

Venons-en maintenant à l'appelant. La Cour d'appel à la majorité a maintenu la peine de huit ans imposée par le juge de première instance. Comme il ne s'agit pas en l'espèce d'un appel de sentence et parce qu'on n'a pas laissé entendre que la peine de huit ans imposée à l'appelant est cruelle et inusitée, je rejetterais normalement le pourvoi. Toutefois, la Cour d'appel a examiné la justesse de la sentence en fonction d'un minimum de sept ans et il nous est impossible de vérifier si ce minimum l'a influencée, quoique je sois porté à croire que non étant donné qu'elle a jugé qu'une peine de huit ans n'était pas inappropriée. Cependant, l'avocat du ministère public a affirmé à l'audience que, si nous devons déclarer ce minimum inopérant, la façon préférable, selon lui, de statuer sur le pourvoi serait d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle procède à un nouvel examen de l'appel de la sentence. Compte tenu de cette concession et de ma conclusion que la peine minimale est inopérante, je suis d'avis d'ordonner qu'il en soit ainsi.

Je tiens à ajouter que je ne veux pas que cette façon de statuer sur le pourvoi soit interprétée comme une indication quelconque de ce que je pourrais considérer comme une sentence appropriée en l'espèce.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE (dissident)—Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1 et ses modifications, viole les art. 7, 9 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La principale question en litige concerne l'application de l'art. 12 qui interdit en ces termes les traitements ou peines cruels et inusités:

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

Le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante:

La sentence minimale obligatoire de sept ans imposée par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, est-elle contraire ou porte-t-elle atteinte aux droits et garanties énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, aux droits énoncés aux art. 7, 9 et 12?

I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by my colleagues, Lamer and Wilson JJ. The facts of the case are sufficiently set out in the reasons of Lamer J. and I will not repeat them. I am, with all respect for the views of my colleagues, unable to reach their conclusion for reasons which I will endeavour to set out.

As a preliminary matter, I would point out that there is an air of unreality about this appeal because the question of cruel and unusual punishment, under s. 12 of the *Charter*, does not appear to arise on the facts of the case. The appellant pleaded guilty to the offence of importing a narcotic into Canada. The "street value" of the narcotic, after dilution, was estimated to be between \$126,000 and \$168,000. While the trial judge found that the minimum sentence of seven years, prescribed by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, violated s. 12 of the *Charter*, he nevertheless imposed a sentence of eight years' imprisonment on the appellant. On appeal, the majority of the Court of Appeal affirmed the sentence imposed by the trial judge. The dissenting judge would have imposed a sentence of five years. The judges who have considered the case, then, are unanimously of the view that a long sentence of imprisonment is appropriate and no one has suggested that the appellant has been sentenced to cruel and unusual punishment. Recognizing this fact, the appellant does not attack s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* on the ground that it violates s. 12 of the *Charter* in general, but rather on the ground that the imposition of "a mandatory minimum sentence of seven years" on a hypothetical "first time importer of a single marijuana cigarette" would constitute cruel and unusual punishment. In effect, the appellant is stating that while the law is not unconstitutional in its application to him, it may be unconstitutional in its application to a third party and, therefore, should be declared of no force or effect. In my view, this is not a sound approach to the application of s. 12. Under s. 12 of the *Charter*, individuals should be confined to arguing that *their* punishment is cruel and unusual and not be

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés en l'espèce par mes collègues les juges Lamer et Wilson. Les faits de la présente affaire étant relatés suffisamment en détail dans les motifs du juge Lamer, je ne les reprendrai pas ici. Avec égards pour le point de vue de mes collègues, il m'est impossible de conclure comme ils l'ont fait, pour les raisons que je vais maintenant exposer.

Je ferais remarquer, à titre d'observation préliminaire, qu'il y a quelque chose d'artificiel dans le présent pourvoi en ce sens que les faits de l'affaire ne semblent pas soulever la question des peines cruelles et inusitées au sens de l'art. 12 de la *Charte*. L'appellant a plaidé coupable à l'accusation d'importation d'un stupéfiant au Canada. On a estimé la «valeur au détail» du stupéfiant, après coupage, se situait entre 126 000 \$ et 168 000 \$. Le juge de première instance a déclaré que la peine minimale de sept ans, prescrite par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, violait l'art. 12 de la *Charte*, mais il a néanmoins imposé à l'appellant une peine de huit ans d'emprisonnement. En appel, la Cour d'appel à la majorité a confirmé la peine imposée par le juge de première instance. Le juge dissident dans cet appel aurait infligé une peine de cinq ans d'emprisonnement. Les juges qui ont examiné l'affaire sont donc tous d'avis qu'il convenait d'imposer une longue peine d'emprisonnement et personne n'a laissé entendre que l'appellant s'est vu imposer une peine cruelle et inusitée. Reconnaissant ce fait, l'appellant conteste la validité du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* non pas pour le motif que cette disposition viole l'art. 12 de la *Charte* en général, mais pour le motif que l'imposition d'une [TRADUCTION] «peine minimale obligatoire de sept ans» dans le cas hypothétique d'une [TRADUCTION] «première importation d'une seule cigarette de marijuana» constituerait une peine cruelle et inusitée. L'appellant soutient en fait que cette disposition n'est pas inconstitutionnelle dans son cas, mais qu'elle risque de l'être dans le cas d'un tiers et qu'elle devrait donc être déclarée inopérante. J'estime que ce n'est pas une bonne façon d'aborder la question de l'application de l'art. 12 de la *Charte*. Aux termes de l'art. 12 de la *Charte*, les particuliers devraient être tenus de limiter leurs arguments à la question de savoir si *leur* peine est cruelle et inusitée et non à celle de

heard to argue that the punishment is cruel and unusual for some hypothetical third party.

This is not to say, as a general proposition, that parties can only challenge laws on constitutional grounds if they can show that their individual rights have been violated. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, this Court expressly held that a corporation charged with a criminal offence under the *Lord's Day Act* could argue that the Act violated freedom of religion, under s. 2(a) of the *Charter*, without also alleging that the statute specifically infringed its religious beliefs. "A law which itself infringes religious freedom is, by that reason alone, inconsistent with s. 2(a) of the *Charter* and it matters not whether the accused is a Christian, Jew, Muslim, Hindu, Buddhist, atheist, agnostic or whether an individual or a corporation" (p. 314). While the *Lord's Day Act* was attacked primarily because it was enacted for a religious purpose, individuals may also challenge enactments on the ground that their effect is to infringe the religious rights of third parties (see *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713). The reason for allowing parties to challenge legislation which does not directly infringe their constitutional rights but which does infringe the rights of others, is simply that there may never be a better party. Third parties whose rights are violated or threatened by legislation may never be in a position to challenge the legislation because they are deterred from engaging in the prohibited activity and do not find themselves before the courts, or they are simply unable to incur the expense of launching a constitutional challenge. Since it is essential that individuals be free to exercise their constitutional rights as far as is reasonably possible without being forced to incur the expense of litigation or to run the risk of violating the law, parties who have run afoul of a statute may on occasion be permitted to invoke the rights of others in order to challenge the overall validity of the law. In my opinion, however, this rationale should apply in general only to laws which could be said—to adopt a term known in American constitutional usage—to have a "chilling effect" upon the exercise by others of their constitutional rights. The chilling effect will be present in respect of any law or

savoir si cette peine serait cruelle et inusitée si on l'imposait à un tiers hypothétique.

Cela ne veut pas dire qu'en règle générale les parties ne peuvent contester la constitutionnalité d'une loi que dans la mesure où elles peuvent démontrer que leurs droits en tant qu'individus ont été violés. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, cette Cour a conclu expressément qu'une personne morale accusée d'avoir commis une infraction criminelle aux termes de la *Loi sur le dimanche* peut soutenir que cette loi viole la liberté de religion garantie à l'al. 2a) de la *Charte*, sans avoir à alléguer également que cette loi porte spécifiquement atteinte à ses croyances religieuses. «La loi qui porte atteinte à la liberté de religion est, de ce seul fait, incompatible avec l'al. 2a) de la *Charte* et il n'importe pas de savoir si l'accusé est chrétien, juif, musulman, hindou, bouddhiste, athée ou agnostique, ou s'il s'agit d'une personne physique ou morale» (p. 314). La *Loi sur le dimanche* a été principalement contestée parce qu'elle avait été adoptée dans un but religieux, mais un particulier peut également attaquer la validité d'une disposition pour le motif qu'elle a pour effet d'empiéter sur les droits religieux de tiers (voir l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713). Une personne doit pouvoir contester une loi qui n'empiète pas directement sur ses droits constitutionnels mais sur ceux d'autres personnes, pour la simple raison qu'elle est parfois la personne la mieux placée pour le faire. Il se peut que les tiers dont les droits sont violés ou menacés par une loi ne soient jamais en mesure de contester la validité de cette loi, parce qu'il sont dissuadés d'exercer l'activité prohibée et qu'ils ne se retrouvent donc pas devant les tribunaux ou, simplement, parce qu'ils ne peuvent assumer les frais d'une contestation constitutionnelle. Puisqu'il est essentiel que les particuliers soient libres d'exercer leurs droits constitutionnels dans la mesure où cela est raisonnablement possible, sans être forcés d'assumer les frais d'une poursuite ou de courir le risque de violer la loi, il convient d'accorder, à l'occasion, aux parties qui ont transgressé une loi la permission d'invoquer les droits d'autrui pour contester la validité générale de la loi en question. J'estime cependant que ce raisonnement ne devrait s'appliquer en général qu'aux lois

practice which has the effect of seriously discouraging the exercise of a constitutional right: see *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969), and *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1971), at p. 521. If the impugned law or practice does not prohibit any individual from engaging in a constitutionally protected activity, there is no basis for allowing parties before the court to invoke the rights of hypothetical third parties in support of their challenge. But that is precisely what has occurred in this case. The appellant does not allege that any individual has a right to import narcotics into Canada. The importation of narcotics is not a constitutionally protected activity. There would be no risk of an individual being unable to exercise lawfully the full scope of his or her constitutional rights or being deterred from engaging in a constitutionally protected activity if the appellant were denied status in this case. There is therefore no basis for allowing the appellant to invoke in the present appeal the rights of a hypothetical third party in order to challenge the validity of legislation. Nevertheless, leave to appeal was granted and the constitutional question was stated. I will therefore address the question of cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*.

Cruel and unusual treatment or punishment is treated as a special concept in the *Charter*. The prohibition is in absolute terms. No discretion to any sentencing authority is permitted, no exception to its application is provided. In this, s. 12 differs from many other sections conferring rights and benefits which speak of reasonable time, or without unreasonable delay or reasonable bail, or without just cause. Section 12, in its terms and in its intended application, is absolute and without qualification. It may well be said that, in s. 12, the *Charter* has created an absolute right, that is, a right to be free or exempt from cruel and unusual punishment.

dont on pourrait dire, pour reprendre une expression connue en droit constitutionnel américain, qu'elles ont [TRADUCTION] «un effet de douche froide» sur les autres personnes qui voudraient exercer leurs droits constitutionnels. Cet «effet de douche froide» se retrouve dans toute loi ou pratique qui a pour effet de décourager l'exercice d'un droit constitutionnel: voir les arrêts *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969), et *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1971), à la p. 521. Si la loi ou la pratique attaquée n'interdit à personne d'exercer une activité protégée par la Constitution, il n'existe alors aucune raison d'autoriser les parties à une instance d'invoquer les droits de tiers hypothétiques pour appuyer leur contestation. C'est pourtant ce qui s'est produit en l'espèce. L'appellant ne soutient pas qu'un particulier a le droit d'importer des stupéfiants au Canada. L'importation de stupéfiants n'est pas une activité protégée par la Constitution. Il n'y aurait aucun risque qu'un particulier se voie refuser d'exercer légalement tous ses droits constitutionnels ou qu'il soit dissuadé d'exercer une activité protégée par la Constitution, si on refusait à l'appellant la qualité pour agir dans la présente affaire. Il n'existe donc aucune raison d'autoriser l'appellant à invoquer en l'espèce les droits d'un tiers hypothétique pour contester la validité d'une mesure législative. Néanmoins, l'autorisation de pourvoi a été accordée et la question constitutionnelle a été formulée. J'examinerai donc la question de la peine cruelle et inusitée aux termes de l'art. 12 de la *Charte*.

La question des traitements ou peines cruels et inusités constitue un concept spécial dans la *Charte*. La prohibition est absolue. L'autorité chargée d'imposer la peine ne se voit attribuer aucun pouvoir discrétionnaire et aucune exception à l'application de cette disposition n'est prévue. L'article 12 diffère en cela de nombreux autres articles qui accordent des droits et des avantages où l'on parle de délai raisonnable, sans délai anormal, cautionnement raisonnable ou sans juste cause. L'article 12 est, de par son texte et de par l'application qu'on a voulu qu'il ait, une disposition impérieuse qui ne comporte aucune réserve. On peut bien affirmer qu'à l'art. 12 la *Charte* a créé un droit absolu, c'est-à-dire le droit d'être protégé contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

The expression "cruel and unusual punishment" was first found in the English *Bill of Rights* of 1688, 1 Wm. & M sess. 2., c. 2, and was aimed at preventing resort to the barbarous punishments of earlier times, particularly of the recent Stuart past. As time passed, the civilizing influence of the late nineteenth and twentieth centuries eliminated, or at least greatly reduced, the danger of such barbarous punishments. The concept was considered by some to have become obsolete by the early twentieth century (see *Hobbs v. State*, 32 N.E. 1019 (1893), at p. 1021). The belief grew that resort would no longer be had to the savage punishments of more primitive times. Nonetheless, in view of the fact that the prohibition in s. 10 of the English *Bill of Rights*, repeated in the Eighth Amendment to the American Constitution a century later, has now been restated in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it must not be considered obsolete. A meaning must be ascribed to it. In this, we are assisted by the fact that over the years the concept has become broadened by judicial interpretation to encompass more than a consideration of the quality or nature of punishment and to include, as well, under the heading of proportionality, considerations of the extent or duration of punishment in deciding whether it would fall within the prohibition. This broadening process has been advanced, I suggest, in the *Charter* by the inclusion of the word "treatment" in s. 12, which was not in the original formulation of the prohibition in the English *Bill of Rights* nor in the Eighth Amendment to the American Constitution. The addition of treatment to the prohibition has, in my view, a significant effect. It brings within the prohibition in s. 12 not only punishment imposed by a court as a sentence, but also treatment (something different from punishment) which may accompany the sentence. In other words, the conditions under which a sentence is served are now subject to the proscription. It becomes clear, then, that while the barbarous punishments of the past which called into being the prohibition of some three centuries ago are mercifully unlikely to recur, the prohibition is saved from any suggestion of obsolescence by the addition of the word "treatment". There are conditions associated with the service of sentences of impris-

C'est dans le *Bill of Rights* anglais de 1688, 1 Wm. & M. sess. 2, chap. 2, que l'on trouve pour la première fois l'expression [TRADUCTION] «peine cruelle et inusitée», qui avait pour objet d'interdire le recours aux châtiments barbares des époques antérieures, en particulier deux des derniers temps du règne des Stuart. Avec le passage du temps, l'influence civilisatrice de la fin du dix-neuvième siècle et du vingtième siècle a fait disparaître, ou du moins a largement restreint, les risques de voir imposer des peines aussi barbares. Certains pensaient, dès le début du vingtième siècle, que cette notion était désuète (voir *Hobbs v. State*, 32 N.E. 1019 (1893), à la p. 1021). On commença à penser qu'on n'aurait plus recours aux châtiments barbares des époques plus primitives. Néanmoins, vu que la prohibition énoncée par l'art. 10 du *Bill of Rights* anglais et réitérée un siècle plus tard par le Huitième amendement de la Constitution américaine est maintenant reprise dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle ne doit pas être considérée comme désuète. Il faut donc lui donner un sens. Sur ce point, nous profitons du fait qu'au fil des ans des décisions judiciaires ont élargi cette notion de manière à comprendre non seulement un examen de la qualité ou de la nature de la peine, mais également, sous l'angle de la proportionnalité, un examen de la sévérité ou de la durée de la peine pour déterminer si elle est visée par cette prohibition. J'estime que la *Charte* a encore élargi cette notion en incluant dans l'art. 12 le mot «traitements» que l'on ne trouvait ni dans la formulation initiale de la prohibition du *Bill of Rights* anglais, ni dans le Huitième amendement de la Constitution américaine. J'estime que l'ajout des traitements à cette prohibition a un effet important. Il en résulte que la prohibition de l'art. 12 vise non seulement la peine imposée par un tribunal à titre de sentence, mais également le traitement (qui est quelque chose de différent de la peine) qui peut accompagner la sentence. En d'autres termes, cette interdiction vise désormais les conditions dans lesquelles une sentence est purgée. Il devient donc clair que, si l'on peut se réjouir du fait qu'il est peu probable qu'on en revienne aux peines barbares à l'origine de l'adoption de cette prohibition il y a près de trois siècles, l'addition du mot «traitements» à cette interdiction permet de

onment which may become subject to scrutiny, under the provisions of s. 12 of the *Charter*, not only on the basis of disproportionality or excess but also concerning the nature or quality of the treatment. Solitary confinement as practised in certain circumstances affords an example: see *McCann v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 570, 29 C.C.C. (2d) 337. Section 12 might also be invoked to challenge other kinds of treatment, such as the frequency and conditions of searches within prisons, dietary restrictions as a disciplinary measure, corporal punishment, surgical intervention including lobotomies and castration, denial of contact with those outside the prison, and imprisonment at locations far distant from home, family and friends, a condition amounting to virtual exile which is particularly relevant to women since there is only one federal penitentiary for women in Canada. I offer no opinion as to what a court would decide in respect of any of these examples of treatment should a challenge be made. I merely note that there exists a field for the exercise of s. 12 scrutiny in modern penal practice. It has not become obsolete. A finding that s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* does not offend s. 12 of the *Charter* will not deprive the section of scope for application.

How then should the concept of cruel and unusual treatment or punishment be defined? There has been a division of opinion in Canadian judicial and academic writing as to whether the words "cruel and unusual" should have a disjunctive or a conjunctive meaning. I am said to have adopted a disjunctive meaning in my dissent in *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1975] 6 W.W.R. 1 (B.C.C.A.), (see, for example, W. S. Tarnopolsky, "Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where do we Look for Guidance?" (1978), 10 *Ottawa L.R.* 1, p. 28, and S. Berger, "The Application of the Cruel and Unusual Punishment Clause under the Canadian Bill of Rights" (1978), 24 *McGill L.J.* 161, at p. 170). When *Miller and Cockriell v. The Queen*,

repousser toute idée de désuétude. Certaines conditions dans lesquelles sont purgées les peines d'emprisonnement peuvent faire l'objet d'un examen, en vertu de l'art. 12 de la *Charte*, non seulement en raison de leur caractère disproportionné ou excessif, mais également en fonction de la nature ou de la qualité du traitement infligé. L'isolement dans une cellule, qui est pratiqué dans certaines circonstances, en est un exemple: voir la décision *McCann c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 570, 29 C.C.C. (2d) 337. On pourrait également invoquer l'art. 12 pour contester d'autres genres de traitements, comme la fréquence et les modalités des fouilles effectuées en prison, les restrictions alimentaires à titre de mesure disciplinaire, les peines corporelles, les interventions chirurgicales y compris la lobotomie et la castration, la privation de tout contact avec les personnes de l'extérieur ainsi que l'emprisonnement dans des lieux éloignés de la maison, de la famille et des amis, qui constitue virtuellement un exil et qui touche particulièrement les femmes puisqu'il n'existe qu'un seul pénitencier fédéral pour femmes au Canada. Je ne me prononce pas sur ce qu'un tribunal déciderait dans le cas de l'un ou l'autre de ces exemples de traitement, en cas de contestation. Je souligne simplement que l'art. 12 a des applications pratiques dans le domaine du droit pénal moderne. Ce n'est pas une disposition désuète. Conclure que le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* ne viole pas l'art. 12 de la *Charte* n'aura pas pour effet de dépouiller cette disposition de son champ d'application.

Comment alors devrait-on définir la notion de traitements ou peines cruels et inusités? Au Canada, on constate dans la jurisprudence et la doctrine des divergences d'opinions quant à savoir si les mots «cruels et inusités» doivent être pris conjonctivement ou disjonctivement. On dit que je les ai interprétés disjonctivement dans mes motifs de dissidence dans l'affaire *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1975] 6 W.W.R. 1 (C.A.C.-B.), (voir par exemple, W. S. Tarnopolsky, «Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where Do We Look for Guidance?» (1978) 10 *Ottawa L. Rev.* 1, à la p. 28, et S. Berger, «The Application of the Cruel and Unusual Punishment Clause under the Canadian Bill of Rights» (1978), 24 *McGill L.J.* 161, à la p. 170). Lorsque cette

[1977] 2 S.C.R. 680, was heard in this Court, the majority (Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.) expressed the view that a conjunctive reading of the words was required, while Laskin C.J., speaking for the minority (Laskin C.J., Spence and Dickson JJ.), expressed the following view, at pp. 689-90:

The various judgments in the Supreme Court of the United States, which I would not discount as being irrelevant here, do lend support to the view that "cruel and unusual" are not treated there as conjunctive in the sense of requiring a rigidly separate assessment of each word, each of whose meanings must be met before they become effective against challenged legislation, but rather as interacting expressions colouring each other, so to speak, and hence to be considered together as a compendious expression of a norm. I think this to be a reasonable appraisal, in line with the duty of the Court not to whittle down the protections of the *Canadian Bill of Rights* by a narrow construction of what is a quasi-constitutional document.

I am not satisfied that on this question there is a truly significant difference between the views of the majority and the minority. In each view, elements of both cruelty and unusualness are involved in a consideration of the total expression. On this basis, I would adopt Laskin C.J.'s interpretation of the phrase as a "compendious expression of a norm". The approach has been frequently adopted in other cases and, in my view, provides a sound approach to the interpretation of the words in question (see *R. v. Bruce, Wilson and Lucas* (1977), 36 C.C.C. (2d) 158 (B.C.S.C.), at pp. 169-70; *In re Gittens*, [1983] 1 F.C. 152, 68 C.C.C. (2d) 438, at p. 445; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193 (Ont. H.C.), at p. 213; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (Ont. H.C.), at p. 311; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49 (N.W.T.C.A.), at p. 53). While the interpretation was given in respect of the *Canadian Bill of Rights*, it is equally applicable to the phrase as used in the *Charter*.

Cour a entendu l'affaire *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, les juges formant la majorité (les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré) ont exprimé l'avis que ces mots devaient être pris conjonctivement, alors que le juge en chef Laskin, s'exprimant au nom de la Cour à la minorité (le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson), a exprimé l'opinion suivante aux pp. 689 et 690:

Ces jugements de la Cour suprême des États-Unis, que je considère au moins devoir être pris en considération, appuient l'opinion que les mots «cruel et inusité» ne doivent pas être considérés comme conjonctifs, en ce sens qu'il faudrait faire une analyse rigoureusement autonome de chaque mot et que le sens de chacun d'eux doit s'appliquer au cas en litige pour que cette disposition ait quelque effet sur la législation contestée. Il s'agit plutôt de termes qui se complètent et qui, interprétés l'un par l'autre, doivent être considérés comme la formulation concise d'une norme. C'est à mon avis une interprétation raisonnable conforme au devoir de la Cour de ne pas diminuer la protection offerte par la *Déclaration canadienne des droits* en interprétant de façon restrictive ce document quasi constitutionnel.

Je ne suis pas convaincu qu'il y ait sur ce point une divergence vraiment marquée entre le point de vue des juges formant la majorité et celui des juges formant la minorité. Dans les deux cas, l'examen de l'expression au complet porte à la fois sur le caractère cruel et le caractère inusité de la peine. Pour ce motif, j'adopterais l'interprétation donnée par le juge en chef Laskin selon laquelle cette expression est «la formulation concise d'une norme». Cette conception a été souvent adoptée dans d'autres affaires et j'estime qu'elle constitue une bonne façon d'aborder l'interprétation des mots en question (voir *R. v. Bruce, Wilson and Lucas* (1977), 36 C.C.C. (2d) 158 (C.S.C.-B.), aux pp. 169 et 170; *In re Gittens*, [1983] 1 C.F. 152, 68 C.C.C. (2d) 438, à la p. 445; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193 (H.C. Ont.), à la p. 213; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (H.C. Ont.), à la p. 311; *R. v. Tobac* (1985), 20 C.C.C. (3d) 49 (C.A.T.N.-O.), à la p. 53). Bien que cette interprétation ait été donnée relativement à la *Déclaration canadienne des droits*, elle est également applicable à l'expression utilisée dans la *Charte*.

How then is this compendious expression of a norm to be defined? There is no problem of definition nor of recognition of cruel and unusual treatment or punishment at the extreme limit of the application, but of course the day has passed when the barbarous punishments of earlier days were a threat to those convicted of crime. In my view, in its modern application the meaning of "cruel and unusual treatment or punishment" must be drawn "from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society", *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), at p. 101. A definition which satisfies this requirement and fits modern conditions is again supplied by Laskin C.J. in *Miller and Cockriell*, *supra*. After observing that the words could not be limited to the savage punishments of the past, he said at p. 688:

That is because there are social and moral considerations that enter into the scope and application of s. 2(b). Harshness of punishment and its severity in consequences are relative to the offence involved but, that being said, there may still be a question (to which history too may be called in aid of its resolution) whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency. This is not a precise formula for s. 2(b), but I doubt whether a more precise one can be found.

I would adopt these words as well and say, in short, that to be "cruel and unusual treatment or punishment" which would infringe s. 12 of the *Charter*, the punishment or treatment must be "so excessive as to outrage standards of decency". While not a precise formula for cruel and unusual treatment or punishment, this definition does capture the purpose and intent of s. 12 of the *Charter* and is consistent with the views expressed in Canadian jurisprudence on this subject. To place stress on the words "to outrage standards of decency" is not, in my view, to erect too high a threshold for infringement of s. 12.

As noted above, while the prohibition against cruel and unusual treatment or punishment was originally aimed at punishments which by their nature and character were inherently cruel, it has since been extended to punishments which, though

Comment alors doit-on définir cette formulation concise d'une norme? Il n'est pas difficile de définir ou de reconnaître ce qui constitue un traitement ou une peine cruels et inusités dans les cas extrêmes, mais il est évident que nous ne sommes plus à l'époque où les personnes déclarées coupables d'un crime risquaient de se voir imposer les peines barbares d'une autre époque. À mon avis, le sens actuel de l'expression «traitements ou peines cruels et inusités» doit refléter [TRADUCTION] «l'évolution des normes de la décence d'une société qui mûrit», *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), à la p. 101. Le juge en chef Laskin donne, dans l'arrêt *Miller et Cockriell*, précité, une définition qui satisfait à cette exigence et qui répond aux conditions actuelles. Après avoir fait remarquer que ces mots ne peuvent s'appliquer uniquement aux peines barbares infligées dans le passé, il affirme à la p. 688:

... [cela] en raison des considérations morales et sociales qui influencent la portée et l'application de ce paragraphe. La dureté d'une peine et la sévérité de ses conséquences sont fonction de l'infraction commise. Ceci dit, on peut encore se demander (et, à ce sujet, l'histoire peut nous être de quelque utilité) si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine. Ce n'est pas une définition bien précise du par. 2b), mais je doute que l'on puisse faire mieux.

Je souscris également à ces paroles et je dirais, en résumé, que pour qu'il y ait «traitements ou peines cruels et inusités» violant l'art. 12 de la *Charte*, il faut que ces peines ou traitements soient «excessifs au point de ne pas être compatibles avec la dignité humaine». Bien qu'elle ne soit pas précise, cette définition de l'expression «traitements ou peines cruels et inusités» reflète l'objet et l'intention de l'art. 12 de la *Charte* et est conforme aux opinions exprimées sur ce point dans la jurisprudence canadienne. À mon avis, insister sur les mots «ne pas être compatible avec la dignité humaine» ne revient pas à fixer un seuil trop élevé en matière de violation de l'art. 12.

Comme nous l'avons déjà noté, alors que l'interdiction d'infliger des traitements ou peines cruels et inusités visait à l'origine des peines qui, de par de leur nature, étaient fondamentalement cruelles, cette prohibition a été étendue depuis à des peines

not inherently cruel, are so disproportionate to the offence committed that they become cruel and unusual: see *Miller and Cockriell*, *supra*; *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23 (Ont. C.A.); *Re Mitchell and The Queen*, *supra*; *Re Moore and The Queen*, *supra*; *Re Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233 (B.C.C.A.); *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (Ont. C.A.), and the American cases; *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977) (plurality opinion); *People v. Broadie*, 371 N.Y.S.2d 471 (1975); *Carmona v. Ward*, 576 F.2d 405 (2nd Cir. 1978); and *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983). However, when considerations of proportionality arise in an inquiry under s. 12 of the *Charter*, great care must be exercised in applying the standard of cruel and unusual treatment or punishment. Punishment not *per se* cruel and unusual, may become cruel and unusual due to excess or lack of proportionality only where it is so excessive that it is an outrage to standards of decency. Not every departure by a court or legislature from what might be called the truly appropriate degree of punishment will constitute cruel and unusual punishment. Sentencing, at the best of times, is an imprecise and imperfect procedure and there will always be a substantial range of appropriate sentences. Further, there will be a range of sentences which may be considered excessive, but not so excessive or so disproportionate as to "outrage standards of decency" and thereby justify judicial interference under s. 12 of the *Charter*. In other words, there is a vast gray area between the truly appropriate sentence and a cruel and unusual sentence under the *Charter*. Entry into that gray area will not alone justify the application of the absolute constitutional prohibition voiced in s. 12 of the *Charter*.

There is a further point which should be made regarding proportionality. The test of proportionality must be applied generally and not on an individual basis. The question is not whether the sentence is too severe, having regard to the particular circumstances of offender "A", but whether it is cruel and unusual, an outrage to standards

qui, sans être fondamentalement cruelles, sont disproportionnées à l'infraction commise au point de devenir cruelles et inusitées: voir *Miller et Cockriell*, précité; *R. v. Shand* (1976), 30 C.C.C. (2d) 23 (C.A. Ont.), *Re Mitchell and The Queen*, précité, *Re Moore and The Queen*, précité, *Re Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233 (C.A.C.-B.), *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (C.A. Ont.), et les décisions américaines, *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977) (décision de la pluralité), *People v. Broadie*, 371 N.Y.S.2d 471 (1975), *Carmona v. Ward*, 576 F.2d 405 (2nd Cir. 1978), et *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983). Cependant, lorsque des considérations de proportionnalité se présentent dans le cadre d'un examen fondé sur l'art. 12 de la *Charte*, il faut faire preuve d'une grande prudence en appliquant la norme des traitements ou peines cruels et inusités. Une peine qui n'est pas en soi cruelle et inusitée peut le devenir si elle est excessive ou disproportionnée, mais seulement si elle est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine. La peine imposée n'est pas nécessairement cruelle et inusitée chaque fois qu'un tribunal ou une assemblée législative s'écarte de ce que l'on pourrait appeler la peine véritablement appropriée. Dans le meilleur des cas, la détermination de la peine est une procédure imprécise et imparfaite et il existe toujours un choix important de sentences appropriées. En outre, il existe toute une gamme de sentences qui peuvent être considérées comme excessives, mais pas excessives ou disproportionnées au point «de ne pas être compatibles avec la dignité humaine» et de justifier ainsi l'intervention des tribunaux en vertu de l'art. 12 de la *Charte*. En d'autres termes, il existe une vaste zone grise entre la peine vraiment appropriée et la peine cruelle et inusitée au sens de la *Charte*. Le seul fait de pénétrer dans cette zone grise ne justifie pas l'application de l'interdiction constitutionnelle absolue qu'énonce l'art. 12 de la *Charte*.

Il conviendrait de formuler une autre remarque au sujet de la proportionnalité de la peine. Le critère de la proportionnalité doit s'appliquer sur une base générale et non individuelle. La question n'est pas de savoir si la peine est trop sévère compte tenu de la situation particulière du contrevenant «A», mais si elle est cruelle et inusitée et

of decency, having regard to the nature and quality of the offence committed, and therefore too severe for any person committing the same offence. This approach is necessary, in my view, if we are to recognize and give effect to the very special nature of the prohibition contained in s. 12 of the *Charter*. Constitutional effect to the prohibition in s. 12 cannot be given if its application is to vary from case to case and person to person. What is unconstitutional for one must be unconstitutional for all when charged with the same offence. The constitutional question posed in this case, in the absence of a uniform application of the prohibition, could only be answered: "sometimes yes, and sometimes no". This would not provide an acceptable basis for constitutional determination. Section 12 establishes an outer limit to the range of permissible sentences in our society; it was not intended—and should not be used—as a device by which every sentence will be screened and reviewed on appeal and fitted to the peculiar circumstances of individual offenders. This desirable purpose may be served in the actual sentencing process by the exercise of judicial discretion within the wide range of sentencing options not coming within the s. 12 prohibition. As I have tried to show, s. 12 was not designed or intended to fit the individual sentencing requirement for each individual; it was intended as an absolute right to all to be protected from that degree of excessive punishment and treatment which would outrage standards of decency.

What factors must be considered in deciding whether a given sentence may be categorized as cruel and unusual? Various tests have been suggested in the cases referred to and in the academic commentaries on this subject but not all will be relevant in every case. Some of the tests are clearly aimed at the nature or quality of the punishment, others concern themselves more with the duration of punishment under the heading of proportionality. American jurisprudence upon the question of cruel and unusual punishment is more extensive than Canadian and it provides many statements of general principle which merit consideration in

incompatible avec la dignité humaine compte tenu de la nature et de la gravité de l'infraction commise, et par conséquent, trop sévère pour toute personne qui commet la même infraction. Cette conception s'impose, à mon avis, si l'on veut reconnaître la nature très spéciale de la prohibition établie par l'art. 12 de la *Charte* et lui donner effet. La prohibition formulée à l'art. 12 ne peut avoir d'effet constitutionnel si son application varie d'un cas à l'autre, d'une personne à l'autre. Ce qui est inconstitutionnel pour l'un doit être inconstitutionnel pour tous ceux qui sont accusés d'avoir commis la même infraction. En l'absence d'une application uniforme de la prohibition, on ne pourrait répondre que «Parfois oui et parfois non» à la question constitutionnelle posée en l'espèce. Cela ne constituerait pas un fondement acceptable pour une décision en matière constitutionnelle. L'article 12 délimite l'éventail des sentences acceptables dans notre société; il n'a pas pour objet de créer un mécanisme permettant d'examiner et de réviser toutes les sentences en appel pour les adapter à la situation particulière de chaque contrevenant et il ne devrait pas être utilisé à cette fin. Cet objectif souhaitable peut être atteint, au cours du processus même de détermination de la peine, par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire de faire un choix parmi le large éventail des sentences non visées par la prohibition de l'art. 12. Comme j'ai tenté de le montrer, l'art. 12 n'a pas été conçu ni adopté dans le but d'adapter à chaque individu la peine imposée; l'intention était d'énoncer le droit absolu de tous à la protection contre les peines et les traitements excessifs au point de ne pas être compatibles avec la dignité humaine.

Quels sont les facteurs à considérer pour déterminer si une peine donnée peut être qualifiée de cruelle et inusitée? La jurisprudence déjà citée et la doctrine sur ce point ont proposé divers critères qui ne sauraient tous être pertinents dans tous les cas. Certains critères visent clairement la nature ou la qualité de la peine, d'autres s'intéressent davantage à la durée de la peine sous l'angle de la proportionnalité. La jurisprudence américaine sur la question des peines cruelles et inusitées est plus abondante que la jurisprudence canadienne et contient de nombreux énoncés de principes généraux qui méritent d'être pris en considération au

Canada. A good starting point in considering the American experience is *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972). Each of the nine members of the United States Supreme Court wrote separate reasons, the majority holding that the imposition of the death penalty under a variety of state statutes constituted cruel and unusual punishment in violation of the Eighth and Fourteenth Amendments to the United States Constitution. The judgments of the majority, particularly those of Brennan J. and Marshall J., sought to define a series of principles upon which the constitutional validity of punishments could rest. Brennan J. expressed the view that: "The primary principle is that a punishment must not be so severe as to be degrading to the dignity of human beings" (p. 271). "The State, even as it punishes", he said, "must treat its members with respect for their intrinsic worth as human beings." Accordingly, a punishment which "does not comport with human dignity" would be cruel and unusual (p. 270). As a second principle, he was of the view, at p. 274, that:

... the State must not arbitrarily inflict a severe punishment. This principle derives from the notion that the State does not respect human dignity when, without reason, it inflicts on some people a severe punishment that it does not inflict upon others.

In this, he found support from Douglas J. and Stewart J. His third principle was: "... a severe punishment must not be unacceptable to contemporary society" (p. 277). The final principle proposed, at p. 279:

... is that severe punishment must not be excessive. A punishment is excessive under this principle if it is unnecessary: The infliction of a severe punishment by the State cannot comport with human dignity when it is nothing more than the pointless infliction of suffering. If there is a significantly less severe punishment adequate to achieve the purposes for which the punishment is inflicted ... the punishment inflicted is unnecessary and therefore excessive.

In this, he was supported by White J.

Canada. L'arrêt *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), constitue un bon point de départ pour examiner l'expérience américaine. Chacun des neuf membres de la Cour suprême des États-Unis a rédigé des motifs distincts, ceux formant la majorité de la Cour déclarant que l'imposition de la peine capitale par diverses lois des États constituait une peine cruelle et inusitée qui violait les Huitième et Quatorzième amendements de la Constitution des États-Unis. Dans leurs motifs, les juges formant la majorité, en particulier les juges Brennan et Marshall, ont tenté de définir une série de principes sur lesquels pourrait se fonder la constitutionnalité d'une peine. Le juge Brennan a exprimé le point de vue que [TRADUCTION] «Le principe fondamental est qu'une peine ne doit pas être sévère au point de porter atteinte à la dignité de l'être humain» (p. 271). «L'État, même lorsqu'il punit», a-t-il dit, «doit traiter ses citoyens avec le respect qui leur est dû en tant qu'êtres humains». Une peine qui [TRADUCTION] «n'est pas compatible avec la dignité humaine» serait donc cruelle et inusitée (p. 270). Comme second principe, il s'est dit d'avis, à la p. 274, que:

[TRADUCTION] ... l'État ne doit pas imposer arbitrairement une peine sévère. Ce principe découle de l'idée que l'État ne respecte pas la dignité humaine lorsque, sans raison, il inflige une peine sévère à certaines personnes, et non à d'autres.

Il est appuyé sur ce point par les juges Douglas et Stewart. Son troisième principe porte que [TRADUCTION] «... une peine sévère ne doit pas être inacceptable à notre société contemporaine» (p. 277). Le dernier principe proposé, à la p. 279, porte que:

[TRADUCTION] ... une peine sévère ne doit pas être excessive. Une peine est excessive en vertu de ce principe lorsqu'elle n'est pas nécessaire. L'imposition d'une peine sévère par l'État est incompatible avec la dignité humaine lorsqu'elle a pour seul effet d'infliger gratuitement des souffrances. Lorsqu'il existe une peine nettement moins sévère qui permettrait d'atteindre le but dans lequel la peine est infligée [...] la peine infligée est inutile et donc excessive.

Le juge White a souscrit à son opinion sur ce point.

Marshall J. also advanced four reasons for concluding a punishment to be cruel and unusual. He said:

First, there are certain punishments that inherently involve so much physical pain and suffering that civilized people cannot tolerate them—*e.g.*, use of the rack, the thumbscrew, or other modes of torture [p. 330]. Second, there are punishments that are unusual, signifying that they were previously unknown as penalties for a given offence [p. 331]. Third, a penalty may be cruel and unusual because it is excessive and serves no valid legislative purpose [p. 331] Fourth, where a punishment is not excessive and serves a valid legislative purpose, it still may be invalid if popular sentiment abhors it [p. 332].

In the later case of *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976), the court considered a Georgia statute which had been specifically amended to conform with the majority opinions in *Furman*. The new statute provided certain safeguards with respect to the imposition of the death penalty. The majority of the court applied a proportionality test in holding the death penalty not cruel and unusual in all circumstances.

Subsequently, the court heard *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977), which raised the question whether the death penalty for rape was cruel and unusual. The majority held that a sentence of death for rape would be grossly disproportionate and excessive and therefore cruel and unusual. White J., speaking for the plurality (Stewart, Blackmun, and Stevens JJ.), said, at p. 592:

Under *Gregg*, a punishment is “excessive” and unconstitutional if it (1) makes no measurable contribution to acceptable goals of punishment and hence is nothing more than the purposeless and needless imposition of pain and suffering; or (2) is grossly out of proportion to the severity of the crime. A punishment might fail the test on either ground. Furthermore, these Eighth Amendment judgments should not be, or appear to be, merely the subjective views of individual Justices; judgment should be informed by objective factors to the maximum possible extent. To this end, attention must be given to the public attitudes concerning a particular

Le juge Marshall a également proposé quatre raisons de conclure qu’une peine est cruelle et inusitée. Il a déclaré:

[TRADUCTION] Premièrement, certaines peines comportent en soi tant de souffrances et de douleurs physiques que des personnes civilisées ne peuvent les tolérer; par exemple, le supplice du chevalet, des poucettes ou d’autres modes de torture [p. 330]. Deuxièmement, il existe des peines qui sont inusitées en ce sens qu’elles n’ont jamais été imposées auparavant pour une infraction donnée [p. 331]. Troisièmement, une peine peut être cruelle et inusitée du fait qu’elle est excessive et ne répond à aucun objectif législatif régulier [p. 331] [. . .] Quatrièmement, une peine qui n’est pas excessive et qui répond à un objectif législatif régulier peut néanmoins être invalide, si elle soulève le ressentiment populaire [p. 332].

Dans l’affaire ultérieure *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976), la cour a examiné une loi de l’État de Georgie qui avait été modifiée expressément pour la rendre conforme aux opinions majoritaires prononcées dans l’arrêt *Furman*. La nouvelle loi établissait certaines garanties en matière d’imposition de la peine capitale. La cour à la majorité a appliqué le critère de la proportionnalité pour déclarer que la peine de mort n’était pas cruelle et inusitée dans tous les cas.

Par la suite, la cour a entendu l’affaire *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977), qui portait sur la question de savoir si la peine de mort pour viol était cruelle et inusitée. La cour à la majorité a déclaré que l’imposition de la peine de mort dans le cas d’un viol serait exagérément disproportionnée et excessive et, par conséquent, cruelle et inusitée. Le juge White, s’exprimant au nom de la pluralité des juges (les juges Stewart, Blackmun et Stevens), affirme à la p. 592:

[TRADUCTION] Selon l’arrêt *Gregg*, une peine est «excessive» et inconstitutionnelle si (1) elle ne contribue pas de façon appréciable à la réalisation d’objectifs pénaux acceptables et ne constitue ainsi que l’imposition gratuite et inutile de souffrances et de douleurs; ou si (2) elle est exagérément disproportionnée à la gravité du crime. Une peine pourrait entraîner l’application de ce critère pour l’un ou l’autre de ces motifs. En outre, ces jugements qui portent sur le Huitième amendement ne devraient pas uniquement refléter, ou sembler refléter, les opinions subjectives de chacun des juges; un jugement doit se fonder sur des facteurs objectifs dans la

sentence — history and precedent, legislative attitudes, and the response of juries reflected in their sentencing decisions are to be consulted.

Later, in *Solem v. Helm, supra*, any question of whether the concept of cruel and unusual punishment could be extended to include excessive sentences, as well as barbaric ones, was set at rest. Powell J., speaking for the majority, held that the Eighth Amendment “prohibits not only barbaric punishments but also sentences that are disproportionate to the crime committed” (p. 284).

The principles developed in the United States under the Eighth Amendment, while of course not binding on this Court, are helpful in understanding and applying the prohibition against cruel and unusual punishment contained in s. 12 of the *Charter*. Many of these principles have already found their way into Canadian jurisprudence, particularly the early decisions interpreting the cruel and unusual punishment clause of the *Canadian Bill of Rights*. In my dissent in *Miller and Cockriell, supra*, at p. 71, I proposed the following standards in assessing the validity of a punishment:

It is essential, in my opinion, to settle upon certain standards by which the punishment of death may be judged. It would not be permissible to impose a punishment which has no value in the sense that it does not protect society by deterring criminal behaviour or serve some other social purpose. A punishment failing to have these attributes would surely be cruel and unusual. Capital punishment makes no pretence at reformation or rehabilitation and its only purposes must then be deterrent and retributive. While there can be no doubt of its effect on the person who suffers the punishment, to have a social purpose in the broader sense it would have to have a deterrent effect on people generally and thus tend to reduce the incidence of violent crime. In my view, capital punishment would amount to cruel and unusual punishment if it cannot be shown that its deterrent value outweighs the objections which can be brought against it. Furthermore, even assuming some deterrent value, I am of the opinion that it would be cruel and unusual if it is not in accord with public standards of decency and

mesure du possible. C'est pourquoi il faut tenir compte des attitudes du public à l'égard d'une sentence particulière; il faut examiner l'historique de la sentence et les précédents, les attitudes législatives ainsi que la réaction des jurys qui ressort des peines qu'ils décident d'imposer.

Plus tard, l'arrêt *Solem v. Helm*, précité, a mis fin à toute question de savoir si la notion de peine cruelle et inusitée pouvait être élargie de manière à viser autant les peines excessives que les peines barbares. Le juge Powell, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a déclaré que le Huitième amendement [TRADUCTION] «interdit non seulement les peines barbares mais également les peines qui sont disproportionnées au crime commis» (p. 284).

Même s'il va de soi que les principes élaborés aux États-Unis sous le régime du Huitième amendement ne lient pas notre Cour, ils sont utiles pour comprendre et appliquer la prohibition des peines cruelles et inusitées que contient l'art. 12 de la *Charte*. Un bon nombre de ces principes se retrouvent déjà dans la jurisprudence canadienne, en particulier dans les premières décisions interprétant la disposition de la *Déclaration canadienne des droits* en matière de peine cruelle et inusitée. À la page 71 des motifs de dissidence que j'ai rédigés dans l'arrêt *Miller and Cockriell*, précité, j'ai proposé d'utiliser les normes suivantes pour déterminer la validité d'une peine:

[TRADUCTION] Il me paraît essentiel de fixer certaines normes qui permettent d'évaluer la peine de mort. Il ne serait pas acceptable d'imposer une peine qui n'a aucune valeur en ce sens qu'elle ne protège pas la société en réprimant certains comportements criminels ou qu'elle répond à quelque autre objectif social. Une peine qui n'aurait pas ces attributs serait certainement cruelle et inusitée. La peine capitale ne vise évidemment par la réinsertion sociale ou la réhabilitation et les seuls objectifs qu'elle vise ne peuvent donc être que la dissuasion et la rétribution. Bien qu'il ne puisse y avoir de doute quant à l'effet qu'elle a sur la personne qui la subit, cette peine devrait, pour répondre à un objectif social au sens large, avoir un effet dissuasif sur la population en général et tendre ainsi à réduire le nombre des crimes violents. À mon avis, la peine capitale est une peine cruelle et inusitée si on ne peut prouver que son pouvoir de dissuasion l'emporte sur les objections qu'on peut soulever à son égard. De plus, même en lui supposant une certaine valeur de dissuasion, j'estime que la peine

propriety, if it is unnecessary because of the existence of adequate alternatives, if it cannot be applied upon a rational basis in accordance with ascertained or ascertainable standards, and if it is excessive and out of proportion to the crimes it seeks to restrain.

These same standards were expressly adopted by Heald J. in *McCann v. The Queen*, *supra*, at p. 601; by Borins J. in *R. v. Shand* (1976), 29 C.C.C. (2d) 199 (Ont. Co. Ct.), at p. 209; and by the Ontario Court of Appeal in *Shand*, *supra*, where Arnup J.A., writing for the court, stated at pp. 37-38:

We recognize that there could be a punishment imposed by Parliament that is so obviously excessive, as going beyond all rational bounds of punishment in the eyes of reasonable and right-thinking Canadians, that it must be characterized as "cruel and unusual". Therefore, we are prepared to accept that the so-called "disproportionality principle", in this sense, has relevance to what is cruel and unusual punishment, but it is a principle that needs to be developed in the Canadian context of our constitution, customs and jurisprudence. In this development great assistance can be obtained from the American precedents, across their rather broad spectrum, and to a lesser extent, from some of the articles in the American periodicals.

Many of these standards were also either implicitly or explicitly adopted by Laskin C.J. in his concurring, minority judgment in *Miller and Cockriell*. At pages 693-94 of his judgment, he states:

... Justice Brennan propounded a cumulative test, which represented the arguments addressed to this Court by the appellants and the intervenor, and it was in these words:

If a punishment is unusually severe, if there is a strong probability that it is inflicted arbitrarily, if it is substantially rejected by contemporary society, and if there is no reason to believe that it serves any penal purpose more effectively than some less severe punishment, then the continued infliction of that punishment violates the command of the Clause that the State may not inflict inhuman and uncivilized punishments upon those convicted of crimes.

The appellants did not advance their submissions as being necessarily cumulative, but I take from their

capitale est cruelle et inusitée si elle s'oppose aux normes de la décence et de la bienséance, si elle est inutile parce qu'il existe d'autres moyens suffisants, si elle ne peut être appliquée de façon raisonnable, conformément à des positions bien déterminées et si elle est excessive et disproportionnée aux crimes qu'elle s'efforce de réprimer.

Les mêmes normes ont été adoptées expressément par le juge Heald dans l'arrêt *McCann c. La Reine*, précité, à la p. 601, par le juge Borins dans la décision *R. v. Shand* (1976), 29 C.C.C. (2d) 199 (C. cté Ont.), à la p. 209, et par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Shand*, précité, où le juge adjoint Arnup, s'exprimant au nom de la cour, affirme aux pp. 37 et 38:

[TRADUCTION] Nous reconnaissons que le législateur pourrait imposer une peine si nettement excessive, du fait qu'elle dépasserait toutes les limites logiques du châtiement aux yeux des Canadiens raisonnables et sensés, qu'il faudrait la qualifier de «cruelle et inusitée». C'est pourquoi nous sommes disposés à accepter que ce que l'on a appelé le «principe de la disproportionnalité», dans ce sens, est applicable pour déterminer ce qui constitue une peine cruelle et inusitée mais il s'agit là d'un principe qu'il faut concevoir dans le contexte canadien de notre constitution, de nos coutumes et de notre jurisprudence. Dans cette tâche, les précédents américains grâce à leur diversité peuvent être d'un grand secours, tout comme peuvent l'être, dans une mesure moindre, certains articles de périodiques américains.

Dans le jugement minoritaire et concordant qu'il a rédigé dans l'affaire *Miller et Cockriell*, le juge en chef Laskin a adopté soit implicitement soit explicitement un grand nombre de ces normes. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 693 et 694:

... le juge Brennan avait proposé un critère global correspondant aux arguments avancés par les appelants et l'intervenante devant cette Cour:

[TRADUCTION] Si une peine est exceptionnellement sévère, s'il est très probable qu'elle soit infligée arbitrairement, si elle est fondamentalement rejetée par la société contemporaine et s'il n'y a aucune raison de croire qu'elle sert la justice plus efficacement qu'une peine moins sévère, alors l'imposition de cette peine enfreint la clause qui interdit à l'État d'infliger aux criminels des peines inhumaines et barbares.

Les appelants n'ont pas allégué que ces différents éléments étaient nécessairement cumulatifs, mais je déduis

contentions that if severity and excessiveness (as they conceived them) were established, that should be enough to sustain their attack on the death penalty in the present case. I am prepared to accept this premise, but I am unable to agree that the conclusion that they urge is well-founded.

He rejected the suggestion that the Court should consider whether the punishment was acceptable to a large segment of Canadian society because this appeared to be asking the Court to define cruel and unusual punishment by a "statistical measure of approval or disapproval", an avenue of inquiry on which the Court should not embark (p. 692). On the question of arbitrary application, he held, at p. 690:

Since we are concerned here with a situation where the death penalty is mandatory, I need not embark on any consideration of questions of uneven application of authorized punishments or questions of discretionary, arbitrary or capricious application of the death penalty. It cannot be argued that arbitrariness or capriciousness resides in the limitation of the death penalty to the murder of policemen and prison guards, persons who are specially entrusted with the enforcement of the criminal law and with the custody and supervision of convicted persons. The progressive restriction of the situations in which the death penalty could be imposed in this country (prior to its recent abolition for civil as opposed to military offences, with which we are not here concerned), does not point to an erratic imposition when it was mandatory in the narrow classes of cases for which it was authorized.

Applying the remaining tests, he found that, while all punishment is degrading, the death penalty was not particularly degrading when it was considered in relation to the offences for which it was imposed. Further, after considering the justifications of deterrence and retribution, he concluded at pp. 696-97 that he could not find "that there was no social purpose served by the mandatory death penalty so as to make it offensive to" the cruel and unusual punishment clause of the *Canadian Bill of Rights*. These comments clearly demonstrate that Laskin C.J. largely adopted the tests enunciated in the American cases and the earlier Canadian case considered above. I should add that because of the view taken by the majority in *Miller and Cockriell* of the status of the

de leurs argumentations que si l'on établissait la sévérité et le caractère excessif de la peine de mort (selon leur conception de ces notions), cela suffirait pour que leur contestation de cette peine en l'espèce soit accueillie. Je suis disposé à accepter ces prémisses, mais je ne puis admettre que leurs conclusions sont bien fondées.

Il a rejeté l'argument voulant que la Cour examine si cette peine était acceptable pour une grande partie de la population canadienne, pour le motif que cela revenait, semble-t-il, à demander à la Cour de définir ce qu'est une peine cruelle et inusitée «en fonction de statistiques sur les partisans et les adversaires», un sondage dans lequel la Cour devrait éviter de se lancer (p. 692). Quant à la question de l'application arbitraire, il a déclaré à la p. 690:

Puisque la peine de mort est obligatoire dans le cas qui nous occupe, je ne mentionnerai pas la question de l'application inégale des peines autorisées, ni la question de l'application discrétionnaire, arbitraire ou inconséquente de la peine de mort. On ne peut dire que la limitation de la peine de mort aux seuls meurtres de policiers et de gardiens de prison, personnes précisément chargées de faire respecter le droit pénal et préposées à la garde et à la surveillance des condamnés, est arbitraire ou inconséquente. La diminution graduelle des cas dans lesquels la peine de mort pouvait être imposée dans notre pays (jusqu'à sa récente abolition pour les infractions civiles, par opposition aux infractions militaires dont il n'est pas question en l'espèce), ne fait pas ressortir que lorsqu'elle était obligatoire pour les infractions relevant de catégories restreintes, elle était imposée de façon désordonnée.

Il a appliqué les autres critères pour conclure que, bien que toute peine soit dégradante, la peine de mort n'est pas particulièrement dégradante si l'on examine les infractions pour lesquelles elle est prescrite. En outre, après avoir considéré les justifications fondées sur la dissuasion et la rétribution, il a affirmé, à la p. 697, qu'il lui était impossible de conclure «que l'imposition obligatoire de la peine de mort enfreint [la clause de la *Déclaration canadienne des droits* concernant les peines cruelles et inusitées] parce qu'elle ne sert aucune fin sociale». Ces commentaires établissent clairement que le juge en chef Laskin a, dans l'ensemble, adopté les critères formulés dans la jurisprudence américaine et dans la jurisprudence canadienne antérieure que nous avons déjà examinée. Je devrais ajouter qu'é-

Canadian Bill of Rights, they did not find it necessary to consider what standards should be developed in applying the clause prohibiting cruel and unusual punishment.

The various tests suggested in the cases are conveniently summarized by Tarnopolsky in his article, "Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where do we Look for Guidance?" *supra*, at pp. 32-33:

- (1) Is the punishment such that it goes beyond what is necessary to achieve a legitimate penal aim?
- (2) Is it unnecessary because there are adequate alternatives?
- (3) Is it unacceptable to a large segment of the population?
- (4) Is it such that it cannot be applied upon a rational basis in accordance with ascertained or ascertainable standards?
- (5) Is it arbitrarily imposed?
- (6) Is it such that it has no value in the sense of some social purpose such as reformation, rehabilitation, deterrence or retribution?
- (7) Is it in accord with public standards of decency or propriety?
- (8) Is the punishment of such a character as to shock general conscience or as to be intolerable in fundamental fairness?
- (9) Is it unusually severe and hence degrading to human dignity and worth?

As Lamer J. has indicated at p. 1069 of his judgment, these are the tests which have been generally applied in the cases heard so far under s. 12 of the *Charter*. In my view, these tests do provide a sound basis for assessing the validity of a punishment under s. 12 of the *Charter*. I believe, however, they can be collected and stated more succinctly, as follows:

A punishment will be cruel and unusual and violate s. 12 of the *Charter* if it has any one or more of the following characteristics:

- (1) The punishment is of such character or duration as to outrage the public conscience or be degrading to human dignity;

tant donné le point de vue qu'ils ont adopté au sujet du statut de la *Déclaration canadienne des droits*, les juges formant la majorité dans l'arrêt *Miller et Cockriell* n'ont pas jugé nécessaire d'examiner quelles normes devraient être établies en appliquant la clause interdisant les peines cruelles et inusitées.

Les divers critères proposés dans ces décisions ont été résumés de façon fort utile par le professeur Tarnopolsky dans son article intitulé «Just Deserts or Cruel and Unusual Treatment or Punishment? Where Do We Look for Guidance?» précité, aux pp. 32 et 33:

[TRADUCTION]

- (1) La peine va-t-elle au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif pénal légitime?
- (2) Est-elle inutile pour le motif qu'il existe des solutions de rechange appropriées?
- (3) Est-elle inacceptable pour une grande partie de la population?
- (4) Est-elle de nature à ne pouvoir être infligée sur une base rationnelle conformément à des normes vérifiées ou vérifiables?
- (5) Est-elle infligée arbitrairement?
- (6) Est-elle sans valeur à toute fin de réinsertion sociale, de réhabilitation, de dissuasion ou de rétribution?
- (7) S'accorde-t-elle avec les normes publiques de la décence ou de ce qui est acceptable?
- (8) La peine est-elle de nature à choquer la conscience collective ou à être intolérable sur le plan de l'équité fondamentale?
- (9) Est-elle d'une sévérité inhabituelle et donc dégradante pour la dignité et la valeur de l'être humain?

Comme le juge Lamer l'a indiqué, à la p. 1069 de ses motifs, ce sont là les critères qui ont été généralement appliqués dans les affaires entendues jusqu'ici sous le régime de l'art. 12 de la *Charte*. À mon avis, ces critères constituent une bonne base pour déterminer la validité d'une peine aux termes de l'art. 12 de la *Charte*. Je crois cependant qu'ils pourraient être rassemblés et énoncés de façon plus concise de la manière suivante:

Une peine est cruelle et inusitée et porte atteinte à l'art. 12 de la *Charte* si elle présente une ou plusieurs des caractéristiques suivantes:

- (1) La peine, de par sa nature ou sa durée, choque la conscience collective ou porte atteinte à la dignité humaine;

(2) The punishment goes beyond what is necessary for the achievement of a valid social aim, having regard to the legitimate purposes of punishment and the adequacy of possible alternatives; or

(3) The punishment is arbitrarily imposed in the sense that it is not applied on a rational basis in accordance with ascertained or ascertainable standards.

Dealing with the first test, is the punishment of such character or duration as to outrage the public conscience or be degrading to human dignity? It was not asserted before us—nor could it be—that imprisonment, as regulated by Canadian law, is of such character that it would outrage the public conscience or be degrading to human dignity. Instead, the appellant argued that, in certain cases, the minimum sentence of seven years' imprisonment, solely because of its length, could be so excessive and disproportionate to the offence committed that it would amount to cruel and unusual punishment. Under the first branch of the test I propose, the appellant would have to show that the length of the sentence would outrage the public conscience or be degrading to human dignity. In my view, the appellant cannot succeed on this first branch. Sentences far in excess of seven years are imposed daily in our courts for a variety of offences under the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and other penal statutes. To take but a few examples, theft of property over \$1,000 may be punished by imprisonment for 10 years (s. 294); robbery may be punished by life imprisonment (s. 303); breaking and entering a dwelling-house with intent to commit an offence may be punished by life imprisonment (s. 306); forgery may be punished by 14 years' imprisonment (s. 325); fraudulent personation may be punished by 14 years' imprisonment (s. 361); manslaughter may be punished by life imprisonment (s. 219); and, finally, trafficking in narcotics may be punished by life imprisonment (s. 4 of the *Narcotic Control Act*).

Since the complaint is solely as to the duration of the minimum sentence provided in s. 5(2), it becomes relevant to consider the length of the

(2) La peine va au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif social régulier, compte tenu des objectifs pénaux légitimes et du caractère adéquat des solutions de rechange possibles; ou

(3) La peine est infligée arbitrairement en ce sens qu'elle n'est pas infligée sur une base rationnelle conformément à des normes vérifiées ou vérifiables.

Quand au premier critère, la peine, de par sa nature ou sa durée, choque-t-elle la conscience collective ou porte-t-elle atteinte à la dignité humaine? On n'a pas prétendu devant cette Cour, ce qui d'ailleurs était impossible de faire, que l'emprisonnement, tel que réglementé par le droit canadien, est de nature à choquer la conscience collective ou à porter atteinte à la dignité humaine. Au lieu de cela, l'appelant a soutenu que, dans certains cas, la peine minimale de sept ans d'emprisonnement pourrait, de par sa seule durée, être excessive et disproportionnée à l'infraction commise au point de constituer une peine cruelle et inusitée. D'après le premier volet du critère que je propose, il faudrait que l'appelant établisse que la durée de la peine choquerait la conscience collective ou porterait atteinte à la dignité humaine. J'estime que l'appelant ne peut réussir sur ce point. Les tribunaux imposent tous les jours des peines beaucoup plus longues que sept ans d'emprisonnement pour diverses infractions au *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, ou à d'autres lois pénales. Pour ne donner que quelques exemples, mentionnons que le vol d'un bien dont la valeur dépasse 1 000 \$ est punissable d'un emprisonnement de dix ans (art. 294); le vol qualifié peut être puni par l'emprisonnement à perpétuité (art. 303); l'introduction par effraction dans une maison d'habitation dans l'intention d'y commettre une infraction est punissable de l'emprisonnement à perpétuité (art. 306); le faux est punissable d'un emprisonnement de quatorze ans (art. 325); la supposition de personne est punissable d'un emprisonnement de quatorze ans (art. 361); l'homicide involontaire coupable est punissable de l'emprisonnement à perpétuité (art. 219); et, enfin, le trafic de stupéfiants est punissable de l'emprisonnement à perpétuité (art. 4 de la *Loi sur les stupéfiants*).

Puisqu'on se plaint uniquement de la durée de la peine minimale prévue au par. 5(2), il devient utile de considérer la durée de la peine réellement

sentence as it will be served. A person convicted of importing a narcotic under s. 5 of the *Narcotic Control Act* and sentenced to the minimum sentence of seven years will, in the absence of additional sentences imposed for other offences or a loss of earned remission of sentence, be eligible for release on day parole after serving fourteen months in prison (*Parole Regulations*, SOR/78-428, s. 9, as amended). He will be eligible for a full parole after serving one-third of his sentence (28 months), and will be entitled to release on mandatory supervision after serving two-thirds of his sentence (56 months), unless there are reasonable grounds for believing that he is likely to commit an offence causing the death of, or serious harm to, another person upon his release (*Parole Regulations*, SOR/78-428, s. 5 as amended; *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2, s. 15, as amended; and the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, s. 24, as amended). Viewed in the light of the other sentences which are currently provided for in Canadian law and considering the length of the sentence which will actually be served and the severity of the offence, I am unable to say that the minimum sentence in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* is such as to outrage the public conscience or be degrading to human dignity. It may well be excessive, but more than excess is required to meet the test of Laskin C.J.: it must "outrage standards of decency". Parliament has determined that a minimum sentence of seven years' imprisonment is necessary to fight the traffic in narcotics. One might question the wisdom or desirability of this legislative decision but, in my view, given the possibility of early parole, it cannot be said that the minimum sentence is so severe that it outrages the public conscience or is degrading to human dignity.

I turn then to the second test which, of course, overlaps the first in some respects. Does the punishment go beyond what is necessary for the achievement of a valid social aim, having regard to the legitimate purposes of punishment and the

purgée. La personne déclarée coupable d'importation d'un stupéfiant aux termes de l'art. 5 de la *Loi sur les stupéfiants* et condamnée à la peine minimale de sept ans sera, en l'absence de peines supplémentaires imposées pour d'autres infractions ou de perte de la réduction de peine méritée, admissible à la libération de jour après avoir purgé quatorze mois d'emprisonnement (art. 9, *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, DORS/78-428, et mod.). Elle sera admissible à la libération conditionnelle totale après avoir purgé le tiers de sa peine (28 mois), et aura droit à la libération sous surveillance obligatoire après avoir purgé les deux tiers de sa peine (56 mois), à moins qu'il n'existe des motifs raisonnables de croire qu'elle risque de commettre une infraction causant la mort ou des lésions corporelles graves à une autre personne après sa libération (art. 5, *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, DORS/78-428, et mod.; *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, chap. P-2, art. 15, et modifications; et *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6, art. 24, et modifications). Compte tenu des autres peines que prévoit actuellement le droit canadien et de la durée de la peine qui sera réellement purgée ainsi que de la gravité de l'infraction, je suis incapable d'affirmer que la peine minimale prévue au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* est de nature à choquer la conscience collective et à porter atteinte à la dignité humaine. Elle peut bien être excessive mais elle doit être plus qu'excessive pour satisfaire au critère formulé par le juge en chef Laskin: elle ne doit «pas être compatible avec la dignité humaine». Le législateur a décidé qu'une peine minimale de sept ans d'emprisonnement est nécessaire pour lutter contre le trafic de stupéfiants. On pourrait s'interroger sur la sagesse ou l'opportunité de cette décision législative mais, à mon avis, compte tenu de la possibilité d'obtenir une libération anticipée, on ne peut dire que cette peine minimale est sévère au point de choquer la conscience collective ou de porter atteinte à la dignité humaine.

J'en viens maintenant au deuxième critère qui, évidemment, recoupe le premier à certains égards. La peine va-t-elle au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif social régulier, compte tenu des objectifs légitimes et du caractère adé-

adequacy of possible alternatives? There can be no doubt that Parliament, in enacting the *Narcotic Control Act*, was aiming at the suppression of an illicit drug traffic, a truly valid social aim. The deterrence of pernicious activities, such as the drug trade, is clearly one of the legitimate purposes of punishment. Our society has always recognized that it is necessary to suppress social evils by enacting laws and that to secure compliance with the law, punishment must be imposed on those who violate the law. In view of the seriousness of the offence of importing narcotics, the legislative provision of a prison sentence cannot by itself be attacked as going beyond what is necessary to achieve the valid social aim. What falls for consideration is not the fact of imprisonment, but whether the length of imprisonment is too excessive, considering the adequacy of possible alternatives. It is apparent, and here no evidence is needed for we "should not be ignorant as judges of what we know as men" (Frankfurter J. in *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49 (1949), at p. 52), that the minimum sentence provided in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* has not reduced the illicit importation of narcotics to the extent desired by Parliament and probably no punishment, however severe, would entirely stem the flow into this country. In considering the adequacy of possible alternatives, the question is whether they would satisfy the social aims of the legislation and the purposes of punishment as effectively as the punishment conceived by Parliament. The assessment of alternative punishments cannot, of course, be carried out with precision, since our knowledge of the efficacy of any punishment is at best rudimentary. A large degree of latitude must, therefore, be permitted to Parliament in determining the appropriate punishment, particularly where the question is not the nature of the punishment but only its extent. In the words of Professor Tarnopolsky, as he then was, *supra*, at p. 33:

quat des solutions de rechange possibles? Il ne fait aucun doute que le Parlement a adopté la *Loi sur les stupéfiants* pour tenter de supprimer le trafic des drogues illicites, poursuivant ainsi un objectif social tout à fait régulier. L'un des objectifs pénaux légitimes est clairement de dissuader les gens de se livrer à des activités pernicieuses comme le commerce des stupéfiants. Notre société a toujours reconnu qu'il est nécessaire de supprimer les maux qui l'affligent en adoptant des lois et que, pour assurer le respect de ces lois, il faut imposer une peine aux personnes qui les violent. Étant donné la gravité de l'infraction qui consiste à importer des stupéfiants, on ne peut pas s'en prendre au fait que la Loi prescrit une peine d'emprisonnement pour le motif qu'elle va plus loin que ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif social régulier. Ce qu'on doit examiner est non pas le fait de l'emprisonnement, mais la question de savoir si la durée de l'emprisonnement est excessive compte tenu du caractère adéquat des solutions de rechange possibles. Il est évident, et aucune preuve n'est nécessaire ici puisque nous [TRADUCTION] «ne devrions pas ignorer en tant que juges ce que nous savons en tant qu'hommes» (le juge Frankfurter dans *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49 (1949), à la p. 52), que la peine minimale prévue au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* n'a pas permis de réduire l'importation illicite de stupéfiants dans la mesure souhaitée par le Parlement et il est probable qu'aucune peine, si sévère soit-elle, ne permettrait d'en enrayer complètement l'entrée dans notre pays. En examinant le caractère approprié des solutions de rechange possibles, la question est de savoir si elles répondraient aux objectifs sociaux de la Loi et aux objectifs pénaux aussi efficacement que la peine conçue par le Parlement. Il va de soi que l'évaluation de peines de rechange ne peut se faire avec précision, puisque notre connaissance de l'efficacité d'une peine est tout au mieux rudimentaire. Le Parlement doit donc jouir d'une large mesure de latitude pour déterminer la peine appropriée, particulièrement lorsque ce qui est en question est non pas la nature de la peine mais seulement sa sévérité. Pour reprendre les termes utilisés par le juge Tarnopolsky, alors professeur, précité, à la p. 33:

... it is very rare indeed that a court could second-guess Parliament as to whether the penal aim to be achieved is a legitimate one or whether there are adequate alternatives.

The formation of public policy is a function of Parliament. It must decide what the aims and objectives of social policy are to be, and it must specify the means by which they will be accomplished. It is true that the enactments of Parliament must now be measured against the *Charter* and, where they do not come within the provisions of the *Charter*, they may be struck down. This step, however, must not be taken by the courts merely because a court or a judge may disagree with a Parliamentary decision but only where the *Charter* has been violated. Parliament has the necessary resources and facilities to make a detailed inquiry into relevant considerations in forming policy. It has the capacity to make a much more extensive inquiry into matters concerning social policy than has the Court. It may test public opinion, review and debate the adequacy of its programs, and make decisions based upon wider considerations, and infinitely more evidence, than can ever be available to a court. An example of the Parliamentary approach may be found in the steps taken in enacting s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, as detailed in the judgment of Arnup J.A. in *R. v. Shand, supra*. In that case, the validity of the very section under review in the case at bar was tested under the *Canadian Bill of Rights*' prohibition in s. 2(b) against cruel and unusual treatment or punishment. Arnup J.A. wrote the judgment of the court (Brooke, Arnup, Dubin, Martin and Blair J.J.A.) and concluded that the section did not impose cruel and unusual punishment. He reviewed the background of s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, at pp. 29-30. Though the passage from his judgment is lengthy, I reproduce it hereunder in full:

Background of the penalty provision

"An Act to prohibit the importation, manufacture and sale of Opium for other than medicinal purposes", 1908 (Can.), c. 50 (the first Canadian enactment on the

[TRADUCTION] ... en fait, un tribunal peut difficilement se substituer au Parlement pour décider si l'objectif pénal poursuivi est légitime ou s'il existe des solutions de rechange adéquates.

^a Il appartient au Parlement d'établir des politiques générales. C'est à lui de déterminer les objectifs des politiques sociales et de prévoir les moyens de les atteindre. Il est vrai qu'il faut désormais ^b évaluer en fonction de la *Charte* les mesures législatives adoptées par le Parlement et que celles qui ne respectent pas les dispositions de la *Charte* peuvent être annulées. Toutefois, un tribunal ou un juge ne doit pas en venir là simplement parce qu'il ^c n'est pas d'accord avec la décision du Parlement, mais seulement s'il y a violation de la *Charte*. Le Parlement dispose des ressources et des instruments nécessaires pour effectuer des enquêtes détaillées sur les éléments pertinents à l'établissement de ses politiques. Il est beaucoup mieux en mesure qu'un tribunal de procéder à un examen approfondi des questions relatives aux politiques sociales. Il peut vérifier l'opinion publique, examiner et débattre l'opportunité d'adopter tel ou tel programme et rendre des décisions fondées sur des ^d considérations plus larges et sur beaucoup plus d'éléments de preuve que ce dont peut disposer un tribunal. On peut trouver un exemple de la méthode utilisée par le Parlement dans la démarche suivie pour adopter le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, que le juge Arnup expose en détail dans les motifs qu'il a rédigés dans l'affaire *R. v. Shand*, précitée. Dans cette affaire, on contestait ^e la validité de la disposition même qui est soumise à notre examen en l'espèce, en invoquant l'interdiction d'infliger des peines ou traitements cruels et inusités contenue à l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le juge Arnup a rédigé ^f l'arrêt de la cour (les juges Brooke, Arnup, Dubin, Martin et Blair) et a conclu que cette disposition n'imposait pas une peine cruelle et inusitée. Il a examiné l'historique du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* aux pp. 29 et 30. Bien que ce passage de son jugement soit long, je le reproduis ici en ^g entier:

[TRADUCTION] *Historique de la disposition pénale*

^j La «Loi prohibant l'importation, la fabrication et la vente de l'opium à toutes fins autres que celles de la médecine», 1908 (Can.), chap. 50 (la première loi cana-

subject), prescribed no minimum prison sentences. The offence of importing opium was indictable, rendering the offender liable to imprisonment for three years or to a fine not exceeding \$1,000 and not less than \$50, or both fine and imprisonment.

That Act was replaced by the *Opium and Drug Act*, 1911 (Can.), c. 17. Cocaine, morphine and eucaïne (and salts of any of them) were added to opium. One group of offences was to import, manufacture, sell, have in possession or take from place to place in Canada any drug; the penalty was a fine not exceeding \$500 or imprisonment for not more than one year, or both. A separate section created an offence of "dealing in" drugs with unauthorized persons, with lesser penalties.

In 1920 came the *Opium and Narcotic Drug Act*, c. 31; a series of amendments preceded a new consolidated Act (1923, c. 22) which remained substantially unaltered until 1954. The first minimum sentence of imprisonment had been enacted in 1922 (c. 36, s. 2(2)); it was six months. This minimum sentence continued through R.S.C. 1927, c. 144, s. 4, and R.S.C. 1952, c. 201, s. 4.

In 1954, towards the close of the Session of Parliament, the Act, 1953-54, c. 38, was passed. "Trafficking" was defined as meaning importation, manufacture, sale, etc. The maximum penalty was increased to 14 years, plus whipping at the discretion of the Judge. There was no minimum, although the six-month minimum was retained for possession of drugs and for cultivation of the opium poppy or *cannabis sativa*.

In 1955 the drug problem in Canada was studied by a Special Committee of the Senate which reported on June 23, 1955. It recommended substantially more severe penalties for trafficking, with a "compulsory lengthy minimum sentence, increasing for second or subsequent offences". The object was to reduce drug addiction by making it hazardous and costly to deal in drugs. Importers were mentioned, and a recommendation made for a special offence "with a penalty of the utmost severity for the illicit importation of drugs into Canada".

A bill was introduced in 1957, but "died on the Order Paper" when a federal election was called. The new *Narcotic Control Act*, 1960-61 (Can.), c. 35, was introduced and passed. In the meantime the *Bill of Rights*

diennne en la matière) ne prescrivait pas de peine minimale d'emprisonnement. Elle faisait de l'importation d'opium un acte criminel dont l'auteur était passible d'un emprisonnement de trois ans ou d'une amende n'excédant pas 1 000 \$ et d'au moins 50 \$, ou des deux peines à la fois.

Cette loi fut remplacée par la *Loi de l'opium et des drogues*, 1911 (Can.), chap. 17. La cocaïne, la morphine et l'eucaïne (et les sels de ces substances) furent ajoutées à l'opium. Une catégorie d'infractions consistait à importer, fabriquer, vendre, posséder ou transporter quelque drogue d'un endroit à l'autre au Canada; la peine prévue était une amende d'au plus 500 \$ ou un emprisonnement d'au plus un an, ou les deux peines à la fois. Un autre article constituait en infraction le commerce de drogues avec des personnes non autorisées et prévoyait des peines moindres.

En 1920, il y eut adoption de la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques*, chap. 31; une série de modifications déboucha sur une nouvelle loi refondue (1923, chap. 22) qui demeura inchangée pour l'essentiel jusqu'en 1954. La première peine minimale d'emprisonnement fut adoptée en 1922 (chap. 36, par. 2(2)); elle était de six mois. Cette peine minimale fut reprise dans les S.R.C. 1927, chap. 144, art. 4, et les S.R.C. 1952, chap. 201, art. 4.

En 1954, le Parlement adopta, vers la fin de la session, la loi 1953-54, chap. 38. On y définissait «le fait de trafiquer» comme l'importation, la fabrication, la vente, etc. La peine maximale passait à 14 ans et la peine du fouet pouvait être ajoutée à la discrétion du juge. Cette infraction ne comportait pas de peine minimale, même si le minimum de six mois était conservé pour la possession de drogue et la culture du pavot somnifère ou du *cannabis sativa*.

En 1955, le problème de la drogue au Canada fut examiné par un comité spécial du Sénat qui fit rapport le 23 juin 1955. Il recommanda l'adoption de peines beaucoup plus sévères pour le trafic, notamment «une longue peine minimale obligatoire qui augmenterait en cas de récidive». Le but était de lutter contre la dépendance à l'égard des drogues en augmentant les risques et les coûts du commerce des drogues. On mentionnait les importateurs et on recommandait la création d'une infraction spéciale «assortie de la peine la plus sévère possible pour l'importation illicite de drogues au Canada».

Un projet de loi fut déposé en 1957 mais «mourut au feuillet» à la suite du déclenchement d'élections fédérales. La nouvelle *Loi sur les stupéfiants*, 1960-61 (Can.), chap. 35, fut présentée et adoptée. Entre temps,

had been enacted. (The respective dates of the two Acts are immaterial, in view of s. 5(2) of the *Bill of Rights*.) Section 5(2) of the new *Narcotic Control Act* contained a minimum penalty of seven years for the offence of importing, and it still does. Maximum penalties for trafficking, possession for the purpose of trafficking, and importation were all increased to life imprisonment.

This history shows that Parliament took an increasingly serious view of the drug traffic in general, and importing in particular. Clearly, the minimum penalty for importing, enacted after recommendations to that end, was the result of deliberate legislative policy, with specific evils and specific remedies in mind.

In view of the careful and extensive consideration given this matter by Parliament and the lack of evidence before this Court suggesting that an adequate alternative to the minimum sentence exists which would realize the valid social aim of deterring the importation of drugs, I cannot find that the minimum sentence of seven years goes beyond what is necessary for the achievement of a valid social aim, having regard to the legitimate purposes of punishment and the adequacy of possible alternatives.

This brings me to the final test for consideration: is the punishment arbitrarily imposed, in the sense that it is not applied on a rational basis in accordance with ascertained or ascertainable standards? A punishment may be proportionate to the offence, in the sense that it does not outrage the public conscience or go beyond what is necessary for the achievement of a valid social aim, and yet still be cruel and unusual because it is imposed arbitrarily. This point was made by Stewart J. in *Gregg, supra*, at p. 188, where he stated that if the death penalty were arbitrarily and capriciously imposed, it would be cruel and unusual "in the same way that being struck by lightning is cruel and unusual", even though it is proportionate to the offence of murder. In other words, a punishment, though proportionate to the offence, will be cruel and unusual if it is imposed arbitrarily,

on avait adopté la *Déclaration des droits*. (Les dates d'adoption respectives de ces lois sont sans importance compte tenu du par. 5(2) de la *Déclaration des droits*.) Le paragraphe 5(2) de la nouvelle *Loi sur les stupéfiants* prescrivait une peine minimale de sept ans pour l'infraction d'importation, ce qui est demeuré inchangé. La peine maximale d'emprisonnement pour le trafic, la possession aux fins de trafic et l'importation fut portée à l'emprisonnement à perpétuité.

Cet historique démontre que le Parlement s'est préoccupé de plus en plus du trafic des drogues en général et de l'importation en particulier. Il est évident que la peine minimale pour l'importation, adoptée à la suite de recommandations en ce sens, traduisait une politique législative mûrement réfléchie qui avait pour but d'apporter des remèdes précis à des maux précis.

Vu l'examen détaillé et approfondi de cette question par le Parlement et l'absence, en cette Cour, d'éléments de preuve indiquant l'existence d'une solution de rechange adéquate qui permettrait de réaliser l'objectif social régulier consistant à dissuader les gens de s'adonner à l'importation de stupéfiants, je ne puis conclure que la peine minimale de sept ans va au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif social régulier, compte tenu des objectifs pénaux légitimes et du caractère adéquat des solutions de rechange possibles.

Cela m'amène au dernier critère à considérer: la peine est-elle infligée arbitrairement en ce sens qu'elle n'est pas infligée sur une base rationnelle conformément à des normes vérifiées ou vérifiables? Une peine peut être proportionnée à l'infraction commise en ce sens qu'elle ne choque pas la conscience collective ou qu'elle ne va pas au delà de ce qui est nécessaire pour réaliser un objectif social régulier, tout en étant cruelle et inusitée pour le motif qu'elle est infligée arbitrairement. C'est ce qu'a fait remarquer le juge Stewart dans l'arrêt *Gregg*, précité, à la p. 188, lorsqu'il a déclaré que, si la peine de mort était imposée de façon arbitraire et capricieuse, elle serait cruelle et inusitée [TRADUCTION] «de la même façon que le fait d'être atteint par la foudre est cruel et inusité», bien qu'elle soit proportionnée à l'infraction de meurtre. En d'autres termes, une peine proportionnée à l'infraction commise peut néanmoins être cruelle et inusitée si elle est imposée de façon

unevenly and without reason upon some people and not others.

The word "arbitrary" has been defined in a variety of ways, including "capricious", "frivolous", "unreasonable", "unjustified", and "not governed by rules or principles", (see, for example, *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, per Rand J., at pp. 139-40; *R. v. Simon (No. 1)* (1982), 68 C.C.C. (2d) 86, (N.W.T.S.C.), pp. 90-92; *Levitz v. Ryan*, [1972] 3 O.R. 783 (C.A.), p. 790; and *Mitchell*, *supra*). While these expressions provide some assistance in defining the concept of arbitrariness, in my view the most important consideration is whether the punishment is authorized by law and imposed in accordance with standards or principles which are rationally connected to the purposes of the legislation. This ensures that a punishment will not be imposed without reason or standards.

There are at least three ways in which the imposition of a punishment may be said to be arbitrary: the legislative decision to enact the law which provides for punishment could be arbitrary; the legislation on its face could impose punishment in an arbitrary manner; and finally, a body empowered to impose punishment could, in practice, impose the punishment arbitrarily. With respect to the first, I agree with Lambert J. in the Court of Appeal that this is not a matter which can properly be considered by the courts. As he stated, "it is not for the courts to consider whether political decisions are wise or rational, or to sit in judgment on the wisdom of legislation or the rationality of the process by which it is enacted. That is for Parliament and the Legislatures . . . The courts are confined to deciding whether the legislation enacted by the parliamentary process is constitutional." The remaining two sources of arbitrariness, however, can and should be considered by the courts.

Legislation is arbitrary on its face if it imposes punishment for reasons or in accordance with criteria which are not rationally connected with the objects of the legislation. For example, legislation which provided an essentially random process for

arbitraire, inégale et sans raison à certaines personnes et pas à d'autres.

Le mot «arbitraire» a été défini de différentes façons, notamment par les termes «capricieux», «frivole», «déraisonnable», «injustifié» et «non régi par des règles ou des principes» (voir, par exemple, *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, le juge Rand, aux pp. 139 et 140; *R. v. Simon (No. 1)* (1982), 68 C.C.C. (2d) 86, (C.S.T.N.-O.), aux pp. 90 à 92; *Levitz v. Ryan*, [1972] 3 O.R. 783 (C.A.), à la p. 790; et *Mitchell*, précité). Bien que ces expressions soient d'un certain secours pour définir la notion de caractère arbitraire, j'estime que la principale considération est de savoir si la peine est autorisée par la loi et imposée conformément à des normes ou à des principes qui ont un lien rationnel avec les objectifs de la mesure législative. Cette condition garantit que la peine ne sera pas imposée sans motif ni sans respecter certaines normes.

Il existe au moins trois cas dans lesquels on peut dire que l'imposition d'une peine est arbitraire: la décision législative d'adopter la loi prévoyant la peine pourrait être arbitraire, la mesure législative pourrait à première vue imposer la peine de façon arbitraire, et enfin, l'autorité chargée d'imposer la peine pourrait, en pratique, l'imposer arbitrairement. Pour ce qui est de la première possibilité, je suis d'accord avec le juge Lambert de la Cour d'appel pour dire qu'il ne s'agit pas là d'une question qui relève des tribunaux. Comme il l'a déclaré, [TRADUCTION] «il n'appartient pas aux tribunaux d'examiner si des décisions politiques sont judicieuses ou rationnelles ni de juger de la sagesse d'une mesure législative ou du caractère rationnel de son processus d'adoption. Ces tâches relèvent du Parlement et des assemblées législatives [. . .] Les tribunaux ne peuvent que statuer sur la constitutionnalité d'une mesure législative adoptée conformément au processus parlementaire.» Cependant, les tribunaux peuvent et devraient examiner les deux autres sources de caractère arbitraire.

Une mesure législative est arbitraire à première vue si elle impose une peine pour des motifs ou selon des critères qui n'ont pas de liens rationnels avec les objectifs qu'elle poursuit. Par exemple, une loi qui prescrirait une procédure essentielle-

determining punishment divorced from any consideration of the relationship between the punishment and the social objective to be achieved would be cruel and unusual, even if the punishment actually imposed were proportionate to the offence. If two offenders have identical histories and characteristics and have committed the same offence in the same circumstances, legislation could not mandate that they be given different punishments. One of the necessary consequences of imposing sentences in accordance with standards which are rationally connected to the object of the legislation is that similarly situated offenders will, to the extent practicable, be treated alike.

In the present case, the appellant submits that the minimum sentence of seven years' imprisonment, under s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, is arbitrary, because it "must be imposed by the trial judge without regard to the type or amount of narcotic imported or exported, nor its intended use, nor to the criminal history or background of the accused". In other words, the appellant is arguing that legislation which restrains the discretion of the trial judge to weigh and consider the circumstances of the offender and the circumstances of the offence in determining the length of sentence is arbitrary and, therefore, cruel and unusual. In my view, this proposition cannot be accepted. It would, under the guise of protecting individuals from cruel and unusual punishment, unduly limit the power of Parliament to determine the general policy regarding the imposition of punishment for criminal activity. It would, in effect, constitutionally entrench the power of judges to determine the appropriate sentence in their absolute discretion. It is true, in general, that when a judge imposes a sentence, he considers the nature and gravity of the offence, the circumstances in which it was committed, and the character and criminal history of the offender, all with an eye to the primary purposes of punishment: rehabilitation, deterrence, incapacitation, and retribution. But, as I noted earlier, sentencing is an imprecise procedure and there will always be a wide range of appropriate sentences. For some offences, the protection of the public will be paramount and little weight will be given, to the possibility of rehabili-

ment aléatoire de détermination de la peine, sans aucun égard pour le rapport existant entre la peine et l'objet social poursuivi, serait cruelle et inusitée même si la peine imposée en réalité était proportionnée à l'infraction commise. Dans le cas de deux contrevenants qui auraient des antécédents et des caractéristiques identiques et qui auraient commis la même infraction dans les mêmes circonstances, la loi ne pourrait enjoindre de leur imposer des peines différentes. L'une des conséquences nécessaires de l'imposition des peines selon des normes ayant un lien rationnel avec l'objet poursuivi par la loi, est que les contrevenants se trouvant dans des situations semblables recevront, dans la mesure du possible, un traitement égal.

En l'espèce, l'appellant soutient que la peine minimale de sept ans d'emprisonnement prévue au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* est arbitraire parce qu'elle [TRADUCTION] «doit être imposé par le juge de première instance sans égard au type ou à la quantité de stupéfiant importé ou exporté, ni à l'utilisation prévue, ni aux antécédents criminels de l'accusé». En d'autres termes, l'appellant soutient qu'une loi qui limite le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'examiner et d'évaluer la situation du contrevenant et les circonstances de l'infraction en vue de déterminer la durée de la peine, est arbitraire et, par conséquent, cruelle et inusitée. J'estime qu'on ne peut retenir cet argument. Sous le prétexte de protéger les individus contre les peines cruelles et inusitées, il limiterait indûment le pouvoir du Parlement d'établir les politiques générales en matière d'imposition de peines aux criminels. Retenir un tel argument aurait pour effet, en réalité, d'enchâsser dans la Constitution le pouvoir discrétionnaire absolu des juges de déterminer la peine appropriée. Il est vrai qu'en général, au moment d'imposer une peine, un juge examine la nature et la gravité de l'infraction, les circonstances qui l'entourent ainsi que la réputation et les antécédents criminels du contrevenant, tout en gardant à l'esprit les buts premiers de la peine: la réhabilitation, la dissuasion, la neutralisation et la rétribution. Mais comme je l'ai déjà noté, le processus de détermination de la peine est imprécis et il existera toujours une grande variété de sentences appropriées. Pour certaines infractions, c'est la protec-

tating the offender. On other occasions, the gravity of the offence alone may dictate that a severe punishment be imposed as, for example, in the case of first degree murder. There will still be other offences and circumstances where the punishment will be based primarily upon the possibility of rehabilitation. In setting the minimum sentence at seven years for importing narcotics, Parliament has determined that the gravity of the offence, the protection of the public, and the suppression of the drug trade are of paramount importance and that, consequently, the circumstances of the particular accused should be given relatively less weight. This legislative determination does not transform the sentencing procedure into an arbitrary process. Under s. 5(2) of the Act, punishment continues to be imposed for reasons which are rationally connected with the objects of the legislation, that is, the suppression of the illicit traffic in drugs. Moreover, a wide discretion remains with the trial judge to consider the particular circumstances of the accused in determining whether a lesser sentence than the maximum sentence of life imprisonment should be imposed. All that Parliament has done is to conclude that the gravity of the offence alone warrants a sentence of at least seven years' imprisonment. While, again, one may question the wisdom of this conclusion, I cannot agree that this makes the sentencing process arbitrary and, therefore, cruel and unusual in violation of s. 12 of the *Charter*.

Finally, as far as arbitrariness may arise in the actual sentencing process, judicial error will not affect constitutionality and would, ordinarily, be correctable on appeal. No issue arises on this point in this case. I am therefore of the opinion that s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* does not offend s. 12 of the *Charter*.

In addition to the submissions based on s. 12 of the *Charter*, the appellant has also submitted that s. 5(2) violates ss. 9 and 7 of the *Charter*. Section 9 provides, as follows: "Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned." In my view, this section does not, in this case, add any

tion du public qui prime et on accorde peu d'importance à la possibilité de réhabiliter le contrevenant. Dans d'autres cas, la gravité de l'infraction peut à elle seule commander l'imposition d'une peine sévère comme, par exemple, dans le cas du meurtre au premier degré. Il existe d'autres infractions et circonstances qui appellent une peine fondée principalement sur les possibilités de réhabilitation. En fixant une peine minimale de sept ans pour l'importation de stupéfiants, le Parlement a décidé que la gravité de l'infraction, la protection du public et la lutte contre le commerce des drogues revêtaient une importance primordiale et que, par conséquent, on devrait accorder une importance relativement moindre à la situation particulière de l'accusé. Cette décision du législateur n'a pas pour effet de transformer le processus de détermination de la peine en un processus arbitraire. Aux termes du par. 5(2) de la Loi, la peine continue d'être imposée pour des motifs qui ont un lien rationnel avec les objets de la Loi, c'est-à-dire, la lutte contre le trafic illicite des drogues. De plus, le juge de première instance conserve un large pouvoir discrétionnaire d'examiner la situation particulière de l'accusé en vue de décider de l'opportunité d'imposer une peine inférieure à la peine maximale d'emprisonnement à perpétuité. Le Parlement a seulement conclu que la gravité de l'infraction justifiait à elle seule une peine d'au moins sept ans d'emprisonnement. On pourrait bien sûr s'interroger sur la sagesse d'une telle conclusion, mais je ne puis accepter que cela rende le processus de détermination de la peine arbitraire et, par conséquent, cruel et inusité au sens de l'art. 12 de la *Charte*.

Enfin, dans la mesure où le processus même de détermination de la peine peut devenir arbitraire, une erreur judiciaire n'influe pas sur la constitutionnalité et peut normalement être corrigée en appel. Cette question n'est pas soulevée en l'espèce. Je suis donc d'avis que le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* ne viole pas l'art. 12 de la *Charte*.

Outre les arguments fondés sur l'art. 12 de la *Charte*, l'appellant prétend également que le par. 5(2) viole les art. 9 et 7 de la *Charte*. L'article 9 prévoit que «Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.» À mon avis, cet article n'ajoute rien, en l'espèce, aux

thing to the submissions already considered under s. 12 of the *Charter*. I have already stated, in respect of s. 12, that it is my view that s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* does not impose punishment arbitrarily.

I am also of the view that the appellant cannot succeed under s. 7 of the *Charter*. While section 7 sets out broad and general rights which often extend over the same ground as other rights set out in the *Charter*, it cannot be read so broadly as to render other rights nugatory. If section 7 were found to impose greater restrictions on punishment than s. 12—for example by prohibiting punishments which were merely excessive—it would entirely subsume s. 12 and render it otiose. For this reason, I cannot find that s. 7 raises any rights or issues not already considered under s. 12.

By way of summary, I express the view that s. 12 of the *Charter* is a special constitutional provision which is not concerned with general principles of sentencing nor with related social problems. Its function is to provide the constitutional outer limit beyond which Parliament, or those acting under parliamentary authority, may not go in imposing punishment or treatment respecting crime or penal detention. Parliament retains, while acting within the limits so prescribed, a full discretion to enact laws and regulations concerning sentencing and penal detention. The courts, on the other hand, in the actual sentencing process have a duty to prevent an incursion into the field of cruel and unusual treatment or punishment and, where there has been no such incursion, to impose appropriate sentences within the permissible limits established by Parliament. In so doing, the courts will apply the general principles of sentencing accepted in the courts in an effort to make the punishment fit the crime and the individual criminal.

The *Charter* provision in s. 12 is the device by which the parliamentary discretion as to punishment was to be constitutionally limited. It cannot be said that the *Charter* sought to effect that

arguments déjà examinés dans le contexte de l'art. 12 de la *Charte*. J'ai déjà mentionné au sujet de l'art. 12 qu'à mon avis le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* n'impose pas une peine arbitrairement.

J'estime également que l'appellant ne peut invoquer avec succès l'art. 7 de la *Charte*. L'article 7 proclame des droits de nature générale et de portée très large qui recourent parfois les autres droits énoncés dans la *Charte*, mais on ne saurait lui donner une interprétation large au point de rendre nuls ces autres droits. Si on concluait que l'art. 7 impose des restrictions plus sévères que l'art. 12 en matière de peine, comme par exemple en interdisant les peines simplement excessives, il subsumerait complètement l'art. 12 et le rendrait inutile. C'est pourquoi il m'est impossible de conclure que l'art. 7 soulève des droits ou des questions qui n'ont pas déjà été examinés dans le contexte de l'art. 12.

En résumé, j'estime que l'art. 12 de la *Charte* est une disposition constitutionnelle spéciale qui n'a rien à voir avec les principes généraux de la détermination de la peine ni avec les problèmes sociaux connexes. Il a pour fonction de fixer des bornes constitutionnelles que le Parlement ou les personnes agissant sous son autorité ne peuvent dépasser en imposant une peine ou un traitement relativement aux crimes ou à l'incarcération. Lorsqu'il agit à l'intérieur des limites ainsi fixées, le Parlement conserve un pouvoir discrétionnaire complet d'adopter des lois et règlements en matière de détermination de la peine et d'incarcération. Par contre, les tribunaux ont le devoir, lorsqu'ils fixent une peine, d'empêcher toute incursion dans le domaine des traitements ou peines cruels et inusités et lorsqu'aucune incursion de ce genre n'a eu lieu, ils ont le devoir d'imposer la peine appropriée selon les limites acceptables fixées par le Parlement. Ce faisant, les tribunaux appliqueront les principes généraux reconnus en matière de détermination de la peine afin de tenter d'adapter la peine à l'infraction commise et au criminel.

La disposition de la *Charte*, à l'art. 12, est le mécanisme de limitation constitutionnelle du pouvoir discrétionnaire du Parlement en matière d'imposition des peines. Il n'est pas possible d'affirmer

purpose by giving an absolute discretion in the matter to the courts. If section 12 were to be construed to permit a trial judge to ameliorate a sentence mandated by Parliament simply because he considered it to be too severe, then the whole parliamentary role with regard to punishment for criminal conduct would become subject to discretionary judicial review. The role of Parliament in the determination and definition of this aspect of public policy would be eliminated. The concept of cruel and unusual treatment or punishment would be deprived of its special character and would become, in effect, a mere caution against severe punishment. It must be remembered that s. 12 voices an absolute prohibition. If that prohibition is not confined within definite limits, if it may be invoked by the courts on an individual case-by-case basis according to judicial discretion, then what is cruel and unusual in respect of "A", on one occasion, may become acceptable in respect of "B" on another occasion. Such a result reduces the significance of the absolute prohibition in s. 12 of the *Charter* and does not afford, in my view, an acceptable approach to a constitutional question.

For all of the foregoing reasons then, I am unable to find that the minimum sentence of seven years' imprisonment, mandated by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, is degrading to human dignity, unnecessary for the achievement of a valid social aim, or arbitrary. The punishment is not so grossly disproportionate to the offence of importing narcotics that it is an outrage to standards of decency. The section does not violate ss. 7, 9 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I would, accordingly, dismiss the appeal and answer the constitutional question in the negative.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of my colleague, Justice Lamer, and wish to address briefly what I understand to be the right protected by s. 12 of the *Charter*. In so doing, I will touch also on s. 9.

que la *Charte* a voulu réaliser cet objectif en accordant aux tribunaux une pouvoir discrétionnaire absolu dans ce domaine. Si l'on devait interpréter l'art. 12 comme autorisant le juge de première instance à adoucir la peine prescrite par le Parlement pour la seule raison qu'elle est, d'après lui, trop sévère, il s'ensuivrait que la fonction du Parlement en matière de peines infligées pour des actes criminels deviendrait assujettie au contrôle judiciaire discrétionnaire. On éliminerait alors le rôle que joue le Parlement dans la détermination et la définition de cet aspect de l'ordre public. Le concept des traitements ou peines cruels et inusités serait dépouillé de son caractère spécial et deviendrait en fait une simple mise en garde contre les peines sévères. Il faut se rappeler que l'art. 12 énonce une prohibition absolue. Si la portée de cette prohibition n'est pas contenue dans des limites bien définies, si les tribunaux peuvent l'invoquer à leur gré dans chaque affaire, alors ce qui est cruel et inusité à l'égard de «A» dans un cas donné pourra devenir acceptable à l'égard de «B» dans un autre cas. Un tel résultat diminue l'importance de la prohibition absolue de l'art. 12 de la *Charte* et ne constitue pas, à mon avis, une façon acceptable d'aborder une question constitutionnelle.

Pour tous les motifs qui précèdent, je ne puis conclure que la peine minimale de sept ans d'emprisonnement prescrite par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* porte atteinte à la dignité humaine, qu'elle est inutile pour réaliser un objectif social régulier, ou encore qu'elle est arbitraire. Cette peine n'est pas exagérément disproportionnée à l'infraction d'importation de stupéfiants au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine. Cette disposition ne viole pas les art. 7, 9 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre par la négative à la question constitutionnelle.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Lamer et je tiens à traiter brièvement de ce qu'est, selon moi, le droit garanti par l'art. 12 de la *Charte*. Ce faisant, j'aborderai également l'art. 9.

Section 12 on its face appears to me to be concerned primarily with the nature or type of a treatment or punishment. Indeed, its historical origins would appear to support this view. The rack and the thumbscrew, the stocks, torture of any kind, unsanitary prison conditions, prolonged periods of solitary confinement were progressively recognized as inhuman and degrading and completely inimical to the rehabilitation of the prisoner who sooner or later was going to have to be released back into the community. I agree, however, with my colleague that s. 12 is not confined to punishments which are in their nature cruel. It also extends to punishments which are, to use his words, "grossly disproportionate". And by that I mean that they are cruel and unusual in their disproportionality in that no one, not the offender and not the public, could possibly have thought that that particular accused's offence would attract such a penalty. It was unexpected and unanticipated in its severity either by him or by them. It shocked the communal conscience. It was "unusual" because of its extreme nature. Adopting Laskin C.J.'s concept of "interacting expressions colouring each other" (see *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at pp. 689-90) it was so unusual as to be cruel and so cruel as to be unusual.

Yet, as Lamer J. points out, s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* precludes the imposition of a sentence less than seven years for the importation of even a minimal quantity of marihuana, a solitary cigarette. I agree with my colleague that this would be a cruel and unusual sentence to impose on a youthful offender with no previous record; indeed, it would be a sentence "so excessive as to outrage standards of decency": see *Miller and Cockriell v. The Queen*, *supra*, at p. 688. Yet the judge has no alternative under the section.

I disagree, however, with Lamer J. that the arbitrary nature of the minimum sentence under s. 5(2) of the Act is irrelevant to its designation as "cruel and unusual" under s. 12. On the contrary, I believe it is quite fundamental. A seven-year

Il me semble qu'il ressort de la lecture de l'art. 12 que cette disposition porte avant tout sur la nature ou le type de traitement ou de peine. En fait, ses origines historiques semblent étayer ce point de vue. Le chevalet et les poucettes, le pilori, la torture sous toutes ses formes, les conditions carcérales insalubres, les périodes prolongées d'incarcération dans des cellules d'isolement ont été progressivement reconnus comme inhumains et dégradants et complètement défavorables à la réhabilitation du prisonnier qui tôt ou tard serait relâché dans la société. Cependant, je suis d'accord avec mon collègue pour dire que l'art. 12 n'est pas limité aux peines cruelles par nature. Il vise aussi les peines qui sont, pour reprendre ses termes, «exagérément disproportionnées». Et, par cela, je veux dire qu'elles sont cruelles et inusitées en raison de leur disproportion, du fait que personne, que ce soit le contrevenant ou le public, n'aurait pu croire que l'infraction commise par l'accusé lui attirerait un tel châtiment. Personne, ni lui ni le public, ne s'attendait à ce qu'il soit aussi sévère. Il a choqué la conscience collective. Il est «inusité» à cause de sa nature extrême. Si j'adopte le concept du juge en chef Laskin des «termes qui se complètent et qui [s'interprètent] l'un par l'autre» (voir *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, aux pp. 689 et 690), il était inusité au point d'être cruel et cruel au point d'être inusité.

Il reste que, comme le souligne le juge Lamer, le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* empêche l'imposition d'une peine moindre que sept ans d'emprisonnement pour l'importation d'une quantité minimale de marihuana, voire une seule cigarette. Je suis d'accord avec mon collègue pour dire que cela constituerait une peine cruelle et inusitée dans le cas d'un jeune contrevenant sans antécédents judiciaires; en fait, ce serait une peine «excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine»: voir *Miller et Cockriell c. La Reine*, précité, à la p. 688. Pourtant, le juge n'a pas le choix en vertu de cette disposition.

Toutefois, je ne suis pas d'accord avec le juge Lamer pour dire que la nature arbitraire de la peine minimale prescrite par le par. 5(2) de la Loi est sans importance pour ce qui est de la qualifier de «cruelle et inusitée» au sens de l'art. 12. Bien au

sentence for drug importation is not *per se* cruel and unusual. It may be very well deserved and completely appropriate. It is the fact that the seven-year sentence must be imposed regardless of the circumstances of the offence or the circumstances of the offender that results in its being grossly disproportionate in some cases and therefore cruel and unusual in those particular cases. The concept of "the fit sentence" to which I made reference in my concurring reasons in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 as basic to modern day theories of punishment is effectively precluded by the mandatory minimum in s. 5(2). Judicial discretion to impose a shorter sentence if circumstances warrant is foreclosed and the inevitable result is a legislatively ordained grossly disproportionate sentence in some cases.

Punishments may undoubtedly be cruel and unusual within the meaning of s. 12 without being arbitrarily imposed. Punishments may be arbitrary within the meaning of s. 9 without also being cruel and unusual. But I do not share my colleague's anxiety to keep the two sections mutually exclusive. I believe this is a case where the arbitrary nature of the legislatively prescribed minimum sentence must inevitably in some cases result in the imposition of a cruel and unusual punishment. This might not be so if the legislatively prescribed minimum was, for example, six months or a year because, although this might be arbitrary, it arguably would not be "so excessive as to outrage standards of decency". Seven years, on the other hand, is that excessive and this, in my view, is why it cannot survive the constitutional challenge under s. 12.

I agree with Lamer J. that the mandatory minimum sentence feature of s. 5(2) is not saved by s. 1 because the means employed to achieve the legitimate government objective of controlling the importation of drugs impairs the right protected

contraire, je crois que c'est tout à fait fondamental. Une peine de sept années d'emprisonnement pour l'importation d'une drogue n'est pas en soi cruelle et inusitée. Il se peut fort bien qu'on la mérite et qu'elle soit tout à fait convenable. C'est le fait que cette peine doit être imposée sans égard aux circonstances de l'infraction ou à la situation du contrevenant qui fait que, dans certains cas particuliers, elle est exagérément disproportionnée et, par conséquent, cruelle et inusitée. Le concept de «la sentence appropriée», que je décris comme essentiel à toute théorie des peines contemporaine dans les motifs concordants que j'ai rédigés dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, est inconciliable avec la peine minimale obligatoire que prescrit le par. 5(2). Les tribunaux sont dans l'impossibilité d'exercer leur pouvoir discrétionnaire d'imposer une peine d'une durée plus courte si les circonstances le justifient et il en résulte inévitablement, dans certains cas, une sentence exagérément disproportionnée prescrite par la loi.

Il ne fait pas de doute que des peines peuvent être cruelles et inusitées au sens de l'art. 12, sans être imposées arbitrairement. D'autres peines peuvent être arbitraires au sens de l'art. 9 sans pour autant être cruelles et inusitées. Cependant, je ne partage pas l'avis de mon collègue lorsqu'il tient à ce que les deux articles demeurent mutuellement exclusifs. Je crois qu'il s'agit en l'espèce d'un cas où la nature arbitraire de la sentence minimale prescrite par la loi entraîne inévitablement l'imposition d'une peine cruelle et inusitée. Ceci pourrait être différent si la peine minimale prescrite par la loi était, par exemple, de six mois ou d'un an puisque, même si ceci pouvait être arbitraire, la peine ne serait certes pas «excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine». Par contre, une peine de sept ans est excessive à ce point et c'est pourquoi, à mon avis, elle ne peut pas survivre à la contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 12.

Je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire que l'article premier ne permet pas de sauvegarder le par. 5(2), dans la mesure où il prescrit une peine minimale obligatoire, parce que le moyen utilisé pour atteindre l'objectif gouvernemental légitime

by s. 12 of the *Charter* to a greater degree than is necessary.

I would answer the constitutional question as follows:

Question Whether the mandatory minimum sentence of seven years prescribed by s. 5(2) of *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 is contrary to, infringes, or denies the rights and guarantees contained in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and in particular the rights contained in ss. 7, 9 and 12 thereof?

Answer The mandatory minimum sentence of seven years prescribed by s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 denies the right contained in s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I do not find it necessary in light of my answer on s. 12 to decide whether s. 5(2) also infringes on or denies the rights contained in s. 7 or s. 9 of the *Charter* and, if so, whether an infringement or denial of rights under either of these sections could be saved under s. 1.

I agree with my colleague's proposed disposition of the appeal.

The following are the reasons delivered by

LE DAIN J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my colleagues Justices Lamer and Wilson. I am in general agreement with McIntyre J.'s statement of the test for cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*, including his approach to the application of disproportionality and arbitrariness. I also agree with him that a punishment which is found to be cruel and unusual could not be justified under s. 1 of the *Charter*. I am unable, however, with great respect, to agree with his conclusion that the mandatory minimum sentence of seven years' imprisonment in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* does not infringe the right guaranteed by s. 12 of the *Charter*.

de refréner l'importation de drogues porte atteinte, plus qu'il n'est nécessaire, au droit garanti par l'art. 12 de la *Charte*.

Je suis d'avis de répondre ainsi à la question constitutionnelle:

Question La sentence minimale obligatoire de sept ans imposée par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, est-elle contraire ou porte-t-elle atteinte aux droits et garanties énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, aux droits énoncés aux art. 7, 9 et 12?

Réponse La sentence minimale obligatoire de sept ans prescrite par le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, porte atteinte au droit énoncé à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

J'estime, compte tenu de ma réponse au sujet de l'art. 12, qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si le par. 5(2) porte atteinte aux droits énoncés à l'art. 7 ou à l'art. 9 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si la violation ou la négation des droits conférés par l'un ou l'autre de ces articles peut être justifiée en vertu de l'article premier.

Je suis d'accord avec la façon dont mon collègue propose de trancher le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LE DAIN—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mes collègues les juges McIntyre, Lamer et Wilson. D'une manière générale, je suis d'accord avec la façon dont le juge McIntyre a formulé le critère applicable pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte*, y compris la façon dont il aborde l'application des critères du caractère disproportionné et du caractère arbitraire. Je partage en outre son avis qu'une peine jugée cruelle et inusitée ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Avec égards, je ne puis toutefois souscrire à sa conclusion que la peine minimale obligatoire de sept ans d'emprisonnement prévue au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* ne porte pas atteinte au droit garanti par l'art. 12 de la *Charte*.

The issue, as I perceive it, and which I confess has given me considerable difficulty, is whether the mandatory minimum sentence of seven years' imprisonment in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* is to be tested, in the light of s. 12 of the *Charter*, against the general seriousness of the offence created by s. 5(1) or against the relative seriousness of the whole range of the conduct to which the offence could conceivably apply. I have considerable misgivings about determining the issue of the constitutional validity, on its face, of the mandatory minimum sentence in s. 5(2) on the basis of hypothesis. It is conceded that seven years' imprisonment would not be cruel and unusual punishment for many, if not most, conceivable cases of unauthorized importing or exporting of a narcotic. I have considered whether that should not be sufficient to sustain the validity, on its face, of the mandatory minimum sentence of seven years' imprisonment, subject to the power of a court in a particular case to find that the mandatory minimum sentence is constitutionally inapplicable because it would in all the circumstances of the case be cruel and unusual punishment. Although I have found the flexibility of this approach attractive I have come to the conclusion that it would not be a sound approach to the validity and application of a mandatory minimum sentence provision which applies to a wide range of conduct, if only because of the uncertainty it would create and the prejudicial effects which the assumed validity or application of the provision might have in particular cases. In coming to this conclusion, however, I make no assumption as to whether the mandatory minimum sentence provision in s. 5(2) might be restructured in such a manner, with distinctions as to nature of narcotic, quantities, purpose and possibly prior conviction, as to survive further challenge and still be a feasible and workable legislative alternative with respect to the suppression of a complex and multifaceted phenomenon.

La question, telle que je la perçois, et j'avoue qu'elle m'a causé beaucoup de difficultés, est de savoir si la peine minimale obligatoire de sept ans d'emprisonnement prévue au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* doit, compte tenu de l'art. 12 de la *Charte*, être évaluée en fonction de la gravité générale de l'infraction créée par le par. 5(1) ou plutôt en fonction de la gravité relative de toute la gamme des actes qui pourraient en principe constituer l'infraction. J'ai des doutes sérieux quant à savoir s'il convient de fonder sur de simples hypothèses une décision concernant la constitutionnalité à première vue de la peine minimale obligatoire qu'impose le par. 5(2). On reconnaît qu'une peine d'emprisonnement de sept ans ne serait ni cruelle ni inusitée dans bien, voire la plupart, des cas imaginables d'importation ou d'exportation illicite d'un stupéfiant. Je me suis demandé si cela ne devrait pas suffire pour établir la validité à première vue de la peine minimale obligatoire de sept ans d'emprisonnement, sous réserve du pouvoir que détiennent les tribunaux de conclure, dans un cas d'espèce, que cette peine minimale obligatoire va à l'encontre de la Constitution pour le motif que, compte tenu de l'ensemble des circonstances en présence, elle serait cruelle et inusitée. Bien que la souplesse de cette démarche me plaise, j'en suis venu à la conclusion que ce ne serait pas la bonne manière d'aborder la question de la validité et de l'application d'une disposition qui crée une peine minimale obligatoire et qui vise une grande variété d'actes, ne serait-ce qu'en raison de l'incertitude qu'elle créerait et des effets préjudiciables que pourrait avoir, dans des cas particuliers, la présomption de la validité ou de l'applicabilité de ladite disposition. En arrivant à cette conclusion, cependant, je ne formule aucune hypothèse quant à savoir si la disposition du par. 5(2), qui prescrit la peine minimale obligatoire, pourrait être ainsi restructurée, avec des distinctions quant à la nature et à la quantité des stupéfiants, quant au but de la possession de ceux-ci et peut-être aussi quant aux déclarations de culpabilité antérieures, de manière à pouvoir résister à toute attaque future tout en conservant son caractère de mesure législative pratique et utile permettant la répression d'un phénomène complexe et multidimensionnel.

In conclusion, I agree with Lamer J. that imprisonment for seven years for the unauthorized importation or exportation of a small quantity of cannabis for personal use would be cruel and unusual punishment within the meaning of s. 12 of the *Charter* and for this reason the words "but not less than seven years" in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* must be held to be of no force or effect. I would answer the constitutional question and dispose of the appeal as proposed by him.

I would add, in so far as the question of interest or standing discussed by McIntyre J. is concerned, that I am of the opinion that an accused should be recognized as having standing to challenge the constitutional validity of a mandatory minimum sentence, whether or not, as applied to his case, it would result in cruel and unusual punishment. In such a case the accused has an interest in having the sentence considered without regard to a constitutionally invalid mandatory minimum sentence provision.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I am substantially in agreement with my colleague, Lamer J. However, I prefer not to say anything about the role of arbitrariness in determining whether there has been cruel and unusual treatment or punishment.

Appeal allowed, MCINTYRE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Serka & Shelling, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitor for the intervener: Attorney General for Ontario, Toronto.

En conclusion, je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire que la peine de sept ans d'emprisonnement pour l'importation ou l'exportation illécite d'une faible quantité de cannabis destinée à l'usage personnel serait cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* et que, pour cette raison, les mots «mais encourt un emprisonnement d'au moins sept ans» figurant au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* doivent être déclarés inopérants. Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle et de trancher le pourvoi de la manière qu'il propose.

En ce qui concerne la question de l'intérêt ou de la qualité pour agir sur laquelle s'est penché le juge McIntyre, j'ajouterais que, à mon avis, on devrait reconnaître à un accusé la qualité pour contester la constitutionnalité d'une peine minimale obligatoire, indépendamment de la question de savoir si, dans son cas, cette peine serait cruelle et inusitée. Dans un tel cas, l'accusé a intérêt à ce que la peine soit considérée sans égard à une disposition inconstitutionnelle qui prescrit une peine minimale obligatoire.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Je suis essentiellement d'accord avec mon collègue le juge Lamer. Toutefois, je préfère ne rien dire au sujet du rôle que joue le caractère arbitraire lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu imposition d'une peine ou d'un traitement cruel et inusité.

Pourvoi accueilli, le juge MCINTYRE est dissident.

Procureurs de l'appelant: Serka & Shelling, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureur de l'intervenant: Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Action Travail des Femmes *Appellant*

v.

Canadian National Railway Company
Respondent

and

Canadian Human Rights Commission *Mis en cause*

and

Attorney General of Canada *Intervener*

and between

Canadian Human Rights Commission
Appellant

v.

Canadian National Railway Company
Respondent

and

**Action Travail des Femmes, Denis Lemieux,
Nicole Duval-Hesler, Joan Wallace and the
Attorney General of Canada** *Mis en cause*

INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v.
CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION)

File Nos: 19499, 19500.

1986: November 5, 6; 1987: June 25.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

*Civil rights — Discrimination — Employment —
Systemic discrimination against an identifiable group
— Human Rights Tribunal imposing employment
equity program on employer — Tribunal's order setting
employment goal and fixing hiring quota — Whether
the Tribunal had jurisdiction to make such order —
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2,
15(1), 41(2)(a).*

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Action Travail des Femmes *Appelante*

c.

**Compagnie des chemins de fer nationaux du
Canada** *Intimée*

et

**Commission canadienne des droits de la
personne** *Mise en cause*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

c et entre

**Commission canadienne des droits de la
personne** *Appelante*

d

**Compagnie des chemins de fer nationaux du
Canada** *Intimée*

et

**Action Travail des Femmes, Denis Lemieux,
Nicole Duval-Hesler, Joan Wallace et le
procureur général du Canada** *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER
NATIONAUX DU CANADA c. CANADA (COMMISSION
CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE)

N° du greffe: 19499, 19500.

1986: 5, 6 novembre; 1987: 25 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Libertés publiques — Discrimination — Emploi —
Discrimination systémique contre un groupe identifiable
— Imposition par un tribunal des droits de la personne
d'un programme d'équité en matière d'emploi à un
employeur — Ordonnance du tribunal fixant un objec-
tif d'emploi et des contingentements d'embauche — Le
tribunal est-il compétent pour rendre une telle ordon-
nance? — Loi canadienne sur les droits de la personne,
S.C. 1976-77, chap. 33, art. 2, 15(1), 41(2)(a).*

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

Statutes — Interpretation — Human rights legislation — Legislation to be given a broad interpretation to fulfil its purposes — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33.

Action Travail des Femmes alleged that CN was guilty of discriminatory hiring and promotion practices contrary to s. 10 of the *Canadian Human Rights Act* by denying employment opportunities to women in certain unskilled blue-collar positions. A Human Rights Tribunal constituted under s. 39 of the Act studied the complaint, found that the evidence indicated clearly that the recruitment, hiring and promotion policies at CN prevented and discouraged women from working on blue-collar jobs, and concluded that it was essential to impose upon CN a special employment program. In particular, paragraph 2 of the Special Temporary Measures Order required CN to increase to 13 per cent—the national average—the proportion of women working in non-traditional occupations, and until that goal was achieved, to hire at least one woman for every four non-traditional jobs filled in the future. CN's application to the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act* to review the Tribunal's decision was allowed and paragraph 2 of the Special Temporary Measures Order was set aside. The majority of the Court held that the Tribunal exceeded its jurisdiction under s. 41(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act* in making that part of the Order because the Tribunal's power under that section is limited to prescribing measures for the purpose of preventing in the future the recurrence of discriminatory practices which had been found to exist and not to remedy the consequences of past discrimination. This appeal is to determine whether the Tribunal has the power under s. 41(2)(a) to impose upon an employer an "employment equity program" to address the problem of "systemic discrimination" in the hiring and promotion of a disadvantaged group, in this case women.

Held: The appeal is allowed and the cross-appeal dismissed.

The Order made by the Tribunal was within its jurisdiction under s. 41(2)(a) of the Act. The purpose of the Act, stated in s. 2, is not to punish wrongdoing but to prevent discrimination against identifiable protected groups and the Act must receive a fair, large and liberal interpretation to advance and fulfil its purpose. Under s. 41(2)(a), the Tribunal may order the "adoption of a special program . . . referred to in subsection 15(1)", a

Législation — Interprétation — Législation sur les droits de la personne — Interprétation large de la législation pour qu'elle réalise ses objets — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33.

Action Travail des Femmes prétend que le CN s'est rendu coupable d'actes discriminatoires en matière d'embauche et de promotions, contrairement à l'art. 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, en refusant aux femmes la possibilité d'occuper certains emplois manuels non spécialisés. Un tribunal des droits de la personne constitué en vertu de l'art. 39 de la Loi a étudié la plainte, constaté qu'il y avait des preuves manifestes que les politiques de recrutement, d'embauche et de promotion du CN empêchaient et décourageaient les femmes d'occuper des emplois manuels et a conclu qu'il était essentiel d'imposer au CN un programme spécial d'emploi. En particulier, le deuxième paragraphe des mesures temporaires spéciales de l'ordonnance enjoint au CN d'augmenter à 13 pour 100—la moyenne nationale—la main-d'œuvre féminine dans les postes non traditionnels et, jusqu'à ce que ce but soit atteint, d'embaucher au moins une femme sur quatre postes non traditionnels à être comblés à l'avenir. La demande d'examen et d'annulation de la décision du tribunal, que le CN a adressée à la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, a été accueillie et le paragraphe 2 des mesures temporaires spéciales a été radié. La Cour, à la majorité, a jugé que le tribunal avait excédé la compétence que lui confère l'al. 41(2)a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en rendant cette ordonnance, car son pouvoir en vertu de cet article se limitait à prescrire des mesures destinées à prévenir la récurrence des actes discriminatoires constatés et non de remédier aux conséquences d'actes discriminatoires antérieurs. Le pourvoi a pour objet de déterminer si le tribunal a le pouvoir, en vertu de l'al. 41(2)a), d'imposer à un employeur un «programme d'équité en matière d'emploi» pour répondre au problème de la «discrimination systémique» dans l'embauche et la promotion d'un groupe désavantagé, dans ce cas-ci les femmes.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident rejeté.

Le tribunal, en rendant son ordonnance, a respecté les limites de la compétence que lui confère l'al. 41(2)a) de la Loi. L'objet de la Loi, énoncé à l'art. 2, n'est pas de punir une faute mais bien de prévenir la discrimination au détriment de groupes identifiables protégés, et elle doit recevoir une interprétation juste, large et libérale afin de promouvoir cet objet. En vertu de l'al. 41(2)a), le tribunal peut ordonner «l'adoption d'une proposition

section designed to meet the problem of systemic discrimination, "to prevent the same or a similar [discriminatory] practice occurring in the future". An employment equity program, such as the one in the present case, is designed to break a continuing cycle of systemic discrimination. The goal is not to compensate past victims or even to provide new opportunities for specific individuals who have been unfairly refused jobs or promotion in the past. Rather, an employment equity program is an attempt to ensure that future applicants and workers from the affected group will not face the same insidious barriers that blocked their forebears. In any employment equity program, there simply cannot be a radical dissociation of "remedy" and "prevention" for there is no prevention without some form of remedy. Although the dominant purpose of such programs is always to improve the situation of the target group in the future, it is essential, in attempting to combat systemic discrimination, to look to the past patterns of discrimination and to destroy those patterns. In this case, it is an uncontradicted fact that the hiring and promotion policies of CN and the enormous problems faced by the tiny minority of women in the blue-collar work force amounted to a systematic denial of women's equal employment opportunities. The employment equity program ordered by the Tribunal, including paragraph 2 of the Special Temporary Measures, was rationally designed to combat such systemic discrimination by preventing "the same or similar practice occurring in the future" and, therefore, fell within the scope of s. 41(2)(a).

Cases Cited

Referred to: *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, aff'g [1983] 2 F.C. 531; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2, 10, 15(1), 39, 41(2)(a), (b), (c), (d).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 11.
Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340.

relative à des programmes [...] spéciaux visés au paragraphe 15(1)», paragraphe conçu pour répondre à la discrimination systémique, pour «prévenir les actes [discriminatoires] semblables». Un programme d'équité en matière d'emploi, comme celui ordonné par le tribunal en l'espèce, est conçu pour rompre le cercle vicieux de la discrimination systémique. L'objectif n'est pas d'indemniser les victimes ni même d'ouvrir de nouveaux horizons à des individus particuliers qui, par le passé, se sont vu refuser inéquitablement un emploi ou une promotion. Plutôt, le programme d'équité en matière d'emploi tente de faire en sorte qu'à l'avenir les postulants et les travailleurs du groupe touché n'aient pas à faire face aux mêmes barrières insidieuses qui ont arrêté leurs prédécesseurs. Toutefois, dans tout programme d'équité en matière d'emploi, on ne peut tout simplement pas dissocier radicalement la «réparation» de la «prévention», puisqu'il ne peut y avoir prévention sans une forme quelconque de réparation. Si l'objet dominant de ces programmes est toujours d'améliorer la situation future du groupe visé, il est essentiel de s'attaquer aux anciens régimes discriminatoires et de les détruire. En l'espèce, c'est un fait incontesté que les politiques d'embauche et de promotion du CN et les problèmes considérables auxquels doit faire face la faible minorité de femmes dans les emplois manuels reviennent à dénier systématiquement aux femmes l'égalité des chances en matière d'emploi. Le programme d'équité en matière d'emploi ordonné par le tribunal, y compris le paragraphe 2 des mesures spéciales temporaires, était logiquement conçu pour combattre une telle discrimination systémique par la prévention d'«actes semblables» et, donc, est conforme à l'al. 41(2)a).

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, conf. [1983] 2 C.F. 531; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717.

Lois et règlements cités

Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980, chap. 340.
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 2, 10, 15(1), 39, 41(2)(a), (b), (c), (d).
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 11.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28.

Authors Cited

Abella, Rosalie S. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.

Agocs, Carol. "Affirmative Action, Canadian Style" (1986), 12 *Canadian Public Policy—Analyse de politiques* 148.

Blumrosen, Alfred W. "Quotas, Common Sense and Law in Labour Relations: Three Dimensions of Equal Opportunity". In *Some Civil Liberties Issues of the Seventies*. Edited by Walter S. Tarnopolsky. Toronto: Osgoode Hall Law School, York University, 1975.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Greschner, Donna and Ken Norman. "Notes of Cases" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 805.

Tarnopolsky, Walter S. *Discrimination and the Law in Canada*. Toronto: R. De Boo, 1982.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1985] 1 F.C. 96, 20 D.L.R. (4th) 668, 61 N.R. 354, allowing CN's application under s. 28 of the *Federal Court Act* and setting aside part of the Human Rights Tribunal's Order. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Hélène Lebel, Q.C., for Action Travail des Femmes.

Alphonse Giard, Q.C., *Rolland Boudreau, Q.C.*, and *Anne Bétournay*, for the Canadian National Railway Co.

René Duval and *Anne Trotier*, for the Canadian Human Rights Commission.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This case raises the important question whether a Human Rights Tribunal appointed under s. 39 of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33 (the Act), has the power under s. 41(2)(a) to impose upon an employer, in this case Canadian National Railway Co., a program tailored specifically to address the problem of "systemic discrimination" in the hiring and promotion of a disadvantaged group, in this case women. I am content to adopt the vocabulary of the *Report of the Commission on Equality in Employment* (1984), authored by Judge Rosalie

Doctrines citées

Abella, Rosalie S. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services du Canada, 1984.

^a Agocs, Carol, «Affirmative Action, Canadian Style» (1986), 12 *Canadian Public Policy—Analyse de politiques* 148.

^b Blumrosen, Alfred W. «Quotas, Common Sense and Law in Labour Relations: Three Dimensions of Equal Opportunity». In *Some Civil Liberties Issues of the Seventies*. Edited by Walter S. Tarnopolsky. Toronto: Osgoode Hall Law School, York University, 1975.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

^c Greschner, Donna and Ken Norman. «Jurisprudence» (1985), 63 *R. du B. can.* 805.

Tarnopolsky, Walter S. *Discrimination and the Law in Canada*. Toronto: R. De Boo, 1982.

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1985] 1 C.F. 96, 20 D.L.R. (4th) 668, 61 N.R. 354, qui a accueilli la demande du CN fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et annulé en partie l'ordonnance du Tribunal des droits de la personne. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Hélène Lebel, c.r., pour Action Travail des Femmes.

^f *Alphonse Giard, c.r.*, *Rolland Boudreau, c.r.*, et *Anne Bétournay*, pour la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

^g *René Duval* et *Anne Trotier*, pour la Commission canadienne des droits de la personne.

Version française du jugement de la Cour rendu par

^h LE JUGE EN CHEF—Cette affaire pose l'importante question de savoir si un tribunal des droits de la personne constitué en vertu de l'art. 39 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33 (ci-après la Loi), a le pouvoir, en vertu de l'al. 41(2)a), d'imposer à un employeur, en l'occurrence la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (ci-après le «Canadien National» ou le «CN»), un programme conçu expressément pour répondre au problème de la «discrimination systémique» dans l'embauche et la promotion d'un groupe désavantagé, dans ce

Abella (the Abella Report) and to describe such programs as "employment equity programs".

Action Travail des Femmes, a public interest pressure group originally funded by the federal government but now incorporated and financed independently, alleged that Canadian National was guilty of discriminatory hiring and promotion practices contrary to s. 10 of the Act by denying employment opportunities to women in certain unskilled, blue-collar positions. Section 10 of the Act reads:

10. It is a discriminatory practice for an employer or an employee organization

- (a) to establish or pursue a policy or practice, or
- (b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

I

The Facts

A Human Rights Tribunal was constituted in July 1981 to study the complaint lodged by Action Travail des Femmes. The complaint reads as follows:

A.T.F. has reasonable grounds to believe that CN in the St. Lawrence Region has established or pursued a policy or practice that deprives or tends to deprive a class of individuals of employment opportunities because they are female.

The complaint was not that of a single complainant or even of a series of individual complainants; it was a complaint of systemic discrimination practised against an identifiable group.

The Tribunal received testimony from 50 witnesses during 33 days of hearings and, in due course, rendered a decision of some 175 pages. The decision records in detail the evidence of Mr. Yvon

cas-ci les femmes. Je me contenterai d'adopter le vocabulaire du *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi* (1984), dont l'auteur est le juge Rosalie Abella (ci-après le rapport Abella), et de désigner de tels programmes sous le nom de «programmes d'équité en matière d'emploi».

Action Travail des Femmes, un groupe de pression d'intérêt public qui était financé à l'origine par le gouvernement fédéral, mais qui est maintenant constitué en société et assure son propre financement, prétend que le Canadien National s'est rendu coupable d'actes discriminatoires en matière d'embauche et de promotion, contrairement à l'art. 10 de la Loi, en refusant aux femmes la possibilité d'occuper certains emplois manuels non spécialisés. L'article 10 de la Loi porte:

10. Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur ou l'association d'employés

- a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite, ou
- b) de conclure des ententes, touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel

pour un motif de distinction illicite, d'une manière susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus.

f

I

Les faits

Un tribunal des droits de la personne a été constitué en juillet 1981 pour examiner la plainte déposée par Action Travail des Femmes. Voici le texte de cette plainte:

[TRADUCTION] A.T.F. a des motifs raisonnables de croire que le CN de la région du St-Laurent a fixé ou appliqué des lignes de conduite susceptibles d'annuler les chances d'emploi ou d'avancement d'individus pour le motif qu'il s'agit de personnes de sexe féminin.

La plainte n'est pas le fait d'une seule plaignante ni même de plusieurs plaignantes individuelles; il s'agit d'une plainte de discrimination systémique dont fait l'objet un groupe identifiable.

Le tribunal a entendu les témoignages de 50 personnes au cours de 33 jours d'audience et a finalement rendu une décision de quelque 175 pages. La décision rapporte en détail le témoi-

Masse, Vice-President of the St. Lawrence Region of Canadian National. Mr. Masse spoke of a study, apparently prepared in 1974 at the request of the then President of CN, Mr. Robert Bandeen, entitled "Canadian National Action Programs—Women", and commonly referred to as the Boyle/Kirkman Report. The Report identified three problems:

1. Lack of Definitive Executive Management Commitment

Top management's interest on the issue of women has not been communicated effectively nor have direct actions demonstrated their concern. The majority of managers are understandably perplexed regarding the current and future role of women within CN. CN managers across the system await a definitive policy statement with specific action programs. Executive management must commit themselves to begin to encourage their subordinates to change the environment to one which truly provides equal opportunity. They must convince both men and women that a special emphasis program is needed to utilize the talents of CN women. These actions must begin now in order to assure CN of a new, qualified management resource in the future.

2. Traditional beliefs by managers and women in the many negative myths and stereotypes about working women

Our interviews revealed a disturbing degree of negative attitudes resulting in obvious discriminatory behavior. For example, the majority of women seeking employment are channeled into secretarial positions, whereas, men are guided toward clerical positions which most often lead to promotions to higher level clerical jobs and/or middle management positions. In job bidding situations, women are frequently strongly discouraged from bidding on traditional men's job. Until the negative environment that these attitudes create is improved, equal opportunity for women will never occur.

3. Current personnel policies and procedures

These policies are limited and ineffective as they relate to the majority of women at CN.

The Report revealed that in the early 1970s women workers comprised one third of the total

gnage de M. Yvon Masse, vice-président de la région du St-Laurent du Canadien National. Monsieur Masse a parlé d'une étude, qui aurait été rédigée en 1974 à la demande du président du CN de l'époque, M. Robert Bandeen, intitulée «Canadian National Action Programs—Women», communément désignée sous le nom de rapport Boyle-Kirkman. Le rapport a reconnu l'existence de trois problèmes:

[TRADUCTION]

1. Absence d'engagement définitif de la part des cadres supérieurs

L'intérêt des cadres supérieurs pour la question des femmes ne s'est pas traduit dans les faits ni par aucune action directe. La majorité des cadres reste, on le comprendra, perplexé face au rôle actuel et futur des femmes au CN. Les cadres du CN, à tous les échelons, attendent encore l'énoncé d'une politique définitive comportant des programmes d'action spécifiques. Les cadres supérieurs doivent s'engager à encourager leurs subordonnés à modifier l'environnement de façon à ce qu'il y ait égalité réelle des chances. Ils doivent convaincre tant les hommes que les femmes de la nécessité d'un programme mettant spécialement l'accent sur l'utilisation des talents des femmes au CN. Ces actions doivent commencer dès maintenant si l'on veut assurer au CN de nouvelles ressources qualifiées en gestion pour l'avenir.

2. Persistance au sein de la direction et chez les femmes d'un grand nombre de mythes et de stéréotypes négatifs traditionnels au sujet des femmes au travail

Nos entrevues ont révélé un nombre troublant d'attitudes négatives à la source d'un comportement discriminatoire évident. Par exemple, la majorité des femmes qui sollicitent un emploi sont dirigées vers des postes de secrétaire, alors que les hommes sont guidés vers des emplois de bureau qui conduisent la plupart du temps à des promotions à des postes plus élevés et à des postes de cadres intermédiaires. En matière de postulation, les femmes sont souvent fortement découragées de solliciter des emplois traditionnellement réservés aux hommes. Tant que l'environnement négatif que ces attitudes créent ne sera pas amélioré, l'égalité des chances pour les femmes ne pourra se réaliser.

3. Politiques et méthodes actuelles relatives au personnel

Ces politiques sont limitées et inefficaces pour ce qui est de la majorité des femmes au CN.

Le rapport révèle qu'au début des années 1970, le tiers de la main-d'œuvre totale du Canada était

labour force in Canada, holding 14.3 per cent of managerial positions, 41.2 per cent of professional and technical positions, and 72 per cent of all clerical jobs nation-wide. In contrast to the national employment statistics, women constituted approximately 4 per cent of the total CN work force and held less than 0.5 per cent of the senior management jobs.

The attitudes of male personnel at CN towards women were reviewed extensively in the Report. Examples follow:

1. "Women are generally disruptive to the work-force."
2. "Women aren't tough enough to handle supervisory jobs. They fail miserably under pressure."
3. "The best jobs for women are coach cleaners—That's second nature to them."
4. "One big problem adding women to train crews would be policing the morals in the cabooses."
5. Work in the yards is too physically demanding. The weather is too harsh."
6. "Women cannot do the physical aspects of a CN conductor's job. There's too much handling of drunks, transients and undesirables."
7. "Women have no drive, no ambition, no initiative."
8. "A woman can't combine a career and family responsibilities."
9. "The 'old boy network' for promotions is very strong at CN. This naturally inhibits women's advancement."
10. "My department is all male—they don't want a woman snooping around."
11. "Railroading is a man's sport—there's no room for women."
12. "Unless I'm forced, I won't take a woman."

The Report also included a small number of comments from male CN employees which tended to

composé de femmes qui étaient titulaires de 14,3 pour 100 des postes de direction, de 41,2 pour 100 des postes de techniciens et de professionnels et de 72 pour 100 des postes de commis de bureau dans l'ensemble du pays. Comparativement à ces statistiques nationales en matière d'emploi, les femmes ne représentaient qu'environ 4 pour 100 de la main-d'œuvre totale du CN et n'y détenaient que moins de 0,5 pour 100 des postes de cadres supérieurs.

Le rapport étudie en profondeur les attitudes du personnel masculin du CN envers les femmes. Voici quelques exemples:

[TRADUCTION]

1. «Les femmes ont une influence néfaste sur la main-d'œuvre.»
2. «Les femmes n'ont pas la force de caractère suffisante pour occuper des postes de surveillance. Elles cèdent misérablement sous l'effet de la contrainte.»
3. «Les meilleurs emplois pour les femmes consistent à nettoyer les wagons, c'est chez elles une seconde nature.»
4. «L'un des gros problèmes que susciterait la présence de femmes dans les équipages de trains serait de veiller au maintien des bonnes mœurs dans les fourgons de queue.»
5. «Le travail dans les gares de triage est trop exigeant physiquement. Le climat est trop dur.»
6. «Les femmes ne peuvent assumer les aspects physiques du métier de conducteur au CN. Il y a trop d'ivrognes, de vagabonds et d'indésirables dont il faut s'occuper.»
7. «Les femmes manquent de dynamisme, d'ambition, d'initiative.»
8. «Une femme ne peut combiner carrière et responsabilités familiales.»
9. «Le réseau des «vieux copains» pour les promotions est très fort au CN. Cela nuit naturellement à l'avancement des femmes.»
10. «Il n'y a que des hommes dans mon département, ils ne veulent pas de femmes qui s'immisceront dans leurs affaires.»
11. «Les chemins de fer, ça regarde les hommes, il n'y a pas de place pour les femmes.»
12. «À moins qu'on m'y force, je n'accepterai pas de femmes.»

Le rapport comporte aussi un petit nombre d'observations d'employés du CN qui tendent à favori-

favour the participation of women in the CN work force:

1. "Women are a vast, untapped resource we have overlooked until now."
2. "Women are the same as men—as long as they do the job, they should get hired, developed and promoted."
3. "We are guilty of unconscious discrimination against women by never identifying and developing their talents."

Women at CN were very conscious of the generally negative attitude of male supervisors, the Report revealed:

1. "We always hear—'You're taking a job from a man.'"
2. "We're at the mercy of the individual supervisor. If he's against women, we're sunk."
3. "When my Supervisor heard that he had to take two women, you should have heard the uproar he made in front of us."

The Boyle/Kirkman Report concluded with specific recommendations concerning the recruitment of women to CN:

CN needs to adopt a well-planned, aggressive program for the recruitment of women.

The following are some suggested actions which could be included in the recruitment program:

- A. Establish numeric objectives by level for the recruitment of women.
- B. Train all the personnel recruiters about how to interview women effectively.
- C. Develop new avenues for locating women:
 - (1) Advertise in women's periodicals
 - (2) Work with women's search agencies
 - (3) Specify women candidates wanted from all search agencies
 - (4) Encourage women referrals from employees
 - (5) Identify an individual within Personnel who could provide immediate follow-up on resumes

ser l'intégration des femmes à la main-d'œuvre du CN:

[TRADUCTION]

1. «Les femmes constituent une vaste ressource inexploitée dont nous n'avons pas tenu compte jusqu'à maintenant.»
2. «Les femmes sont comme les hommes, si elles peuvent faire le travail, elles devraient être embauchées, formées et obtenir des promotions.»
3. «Nous nous rendons coupables de discrimination inconsciente envers les femmes en ne cherchant jamais à connaître et à développer leurs talents.»

Les femmes au CN sont très conscientes de l'attitude généralement négative des surveillants; voici ce que le rapport révèle:

[TRADUCTION]

1. «On nous dit toujours: «Vous prenez la place d'un homme.»»
2. «Nous sommes à la merci de notre surveillant. S'il est contre les femmes, nous sommes foutues.»
3. «Lorsque mon surveillant a appris qu'il lui faudrait accepter deux femmes, vous auriez dû entendre la tempête de protestations qu'il a faites devant nous.»

En conclusion, le rapport Boyle-Kirkman fait des recommandations précises concernant le recrutement des femmes au CN:

[TRADUCTION] Il est nécessaire que le CN adopte un programme dynamique et bien planifié de recrutement pour les femmes.

Voici quelques suggestions de mesures qui pourraient être prises dans le cadre de ce programme de recrutement:

- A. Fixer des objectifs numériques par niveau de travail pour le recrutement de femmes.
- B. Former tous les recruteurs du bureau du personnel sur la façon d'interviewer les femmes efficacement.
- C. Mettre au point de nouveaux moyens d'aller chercher des femmes:
 - (1) Faire de la publicité dans les périodiques destinés aux femmes
 - (2) Coopérer avec les agences de placement pour femmes
 - (3) Spécifier que toutes les agences de placement sont invitées à soumettre des candidates
 - (4) Encourager la recommandation de femmes par les employés
 - (5) Confier spécifiquement à un membre du bureau du personnel la tâche d'assurer le suivi

and other leads regarding potential women candidates. Be prepared to act fast.

immédiat aux curriculum vitae et autres renseignements concernant d'éventuelles candidates. Être prêt à agir rapidement.

In July, 1978 a document entitled "Equal Opportunities Program" was sent to senior managers of the St. Lawrence Region of CN by Mr. Masse, enumerating three overarching objectives with respect to the participation of women in CN:

1. An increase in the total number of female employees at CN;
2. An increase in the number of female management employees;
3. An increase in the number of females in positions for which men only were traditionally hired.

The 1978 document contained a rather general program of action with five elements:

1. Hire female employees;
2. Increase receptiveness to female employees at CN;
3. Support the female employees at CN in their efforts to adapt and progress;
4. Project a public image of a company that is in favour of hiring female employees;
5. Periodically analyse the evolution of female manpower at CN.

It should be noted that these objectives were far less rigorous than those recommended in the CN-commissioned Boyle/Kirkman Report.

In January 1979, CN published a study entitled "Women in CN Status Report" which concluded that, systemically, progress had been slow, and in fact hardly merited being called "progress" at all. In spite of a decrease in the number of men in the CN work force, the number of women as a percentage of the work force had only increased by 1.61 per cent since 1974 when the Boyle/Kirkman Report was prepared. One section of the 1979 review carried this rubric: "Lingering Belief that Men Have First Claim to Jobs".

By February 18, 1982, 155 complaints against CN had been lodged with the Human Rights Commission. In due course, the Commission set up

^a En juillet 1978, M. Masse a envoyé aux cadres supérieurs de la région du St-Laurent du CN, un document intitulé «Programme possibilités égales» qui énumérait trois objectifs généraux concernant la participation des femmes au CN:

- ^b 1. hausser le nombre total de femmes à l'emploi du CN;
2. hausser le nombre de femmes cadres;
- ^c 3. hausser le nombre de femmes dans des emplois traditionnellement réservés aux hommes.

Le document de 1978 énonçait un programme d'action plutôt général en cinq points:

- ^d 1. Engager du personnel féminin;
2. Approfondir notre attitude réceptive envers les femmes au travail au CN;
3. Supporter les femmes à l'emploi du CN dans leur adaptation et efforts de progrès;
- ^e 4. Donner à la société l'image d'une entreprise favorable à l'embauche des femmes;
5. Analyser périodiquement l'évolution de la main-d'œuvre féminine au CN.

^f On remarquera que ces objectifs étaient beaucoup moins rigoureux que les recommandations du rapport Boyle-Kirkman qui a fait suite à l'étude commandée par le CN.

^g En janvier 1979, le CN a publié une étude intitulée «Women in CN Status Report» qui concluait que, dans l'ensemble, les progrès avaient été lents et en fait ne méritaient guère d'être qualifiés de «progrès». En dépit de la diminution du nombre d'hommes dans la main-d'œuvre du CN, le nombre de femmes, en tant que pourcentage de la main-d'œuvre, ne s'était accru que de 1,61 pour 100 depuis 1974, c'est-à-dire depuis le moment où le rapport Boyle-Kirkman avait été rédigé. Une section de l'étude de 1979 portait le titre suivant: [TRADUCTION] «Persistance de la conviction que les hommes doivent avoir la priorité en matière d'emploi».

^j Le 18 février 1982, 155 plaintes contre le CN avaient été déposées devant la Commission des droits de la personne. Finalement, la Commission

the Human Rights Tribunal to consider the "class" complaint set out above.

Thirteen women testified before the Tribunal as to their experience as candidates or employees with CN. One of the witnesses, Ms. Carla Nemeroff, detailed some of the problems she faced as the only woman in her work place:

They told me they did not want me there. How did they behave? Well, they tried to confuse me. Instead of telling me things like two or three moves at a time, which is all you have to do, they would tell me about 15 moves in a row, like talking really quickly, using the numbers, like this "take a locomotive, put it there, go here, go there", you know, like really—so that I would get confused, or they would tell me to jump off the train at a switch, I would get off at the switch, and they would leave me at the switch, and they would not tell me what they were doing, they would leave me there, or they would just go off on break, and they would not tell me they were going on break. Sometimes they would leave me at a switch, or at an engine. They would say "go release the brakes on that engine and wait for my signal"; I would never hear the signal, they would go off and eat lunch and leave me there. They used to do that all the time.

According to the testimony, women were subjected to extremely unpleasant treatment by their male colleagues:

Another time, a few guys—we were on break sort of hanging around outside because it was warm out; a few guys jumped me and pretended they were going to rape me. I found that quite offensive.

Then, another time, I was bringing a train into the shop—you see, I was not a cleaner any more; I was signalling, and I was bringing a train into the shop. The boss yelled out something obscene to distract me from my work, and it was very dangerous.

By the end of 1981, there were only 57 women in "blue-collar" posts in the St. Lawrence Region of CN, being a mere 0.7 per cent of the blue-collar labour force in the region. There were 276 women occupying unskilled jobs in all the regions where CN operated, again amounting to only 0.7 per cent of the unskilled work force. By contrast, women represented, in 1981, 40.7 per cent of the total Canadian labour force. At the time, women constituted only 6.11 per cent of the total work force

a constitué un tribunal des droits de la personne pour examiner la plainte «collective» précitée.

Treize femmes sont venues raconter devant le tribunal leurs expériences comme candidates ou employées du CN. L'une des témoins, Mlle Carla Nemeroff, a exposé en détail certains des problèmes auxquels elle a dû faire face en tant qu'unique femme dans son milieu de travail:

b [TRADUCTION] Ils m'ont dit qu'ils ne voulaient pas de moi. Comment se sont-ils comportés? Et bien, ils ont essayé de m'embrouiller. Au lieu de m'apprendre deux ou trois choses à la fois, ce qui est tout ce que vous avez à faire, ils m'enseignaient 15 manœuvres de suite, comme en parlant très rapidement, en utilisant des chiffres, comme «prenez une locomotive, amenez-la là-bas, venez ici, allez là-bas.» Vous comprenez? Vraiment! Pour m'embrouiller. Ou ils me disaient de sauter du train à un poste d'aiguillage; je descendais à l'aiguillage et ils me laissaient là. Ils ne me disaient pas ce qu'ils faisaient, ils me laissaient là, ou ils partaient tout simplement à la pause sans me dire où ils allaient. Parfois, ils me laissaient à un poste d'aiguillage ou près d'une locomotive. Ils disaient «allez relâcher les freins de cette locomotive et attendez mon signal». Le signal n'arrivait jamais; ils s'en allaient et ils allaient manger et ils me laissaient là. Ils faisaient cela tout le temps.

D'après ce témoignage, les femmes faisaient l'objet d'un traitement extrêmement déplaisant de la part de leurs collègues masculins.

g [TRADUCTION] Une autre fois, quelques gars—c'était la pause et nous flânions en quelque sorte à l'extérieur parce qu'il faisait chaud—quelques gars m'ont sauté dessus en faisant semblant qu'ils allaient me violer. J'ai trouvé cela des plus offensant.

h Puis, une autre fois, j'amenais un train à l'atelier—vous voyez, je n'étais plus préposée au nettoyage; j'étais à la signalisation et je faisais entrer un train à l'atelier. Le chef m'a crié quelque chose d'obscène pour me distraire de mon travail, et c'était très dangereux.

À la fin de 1981, seulement 57 femmes occupaient des emplois manuels dans la région du St-Laurent du CN, ce qui représentait à peine 0,7 pour 100 des travailleurs manuels de cette région. Il y avait 276 femmes qui occupaient des emplois non spécialisés dans l'ensemble des régions où le CN exerce ses activités, ce qui représentait ici encore à peine 0,7 pour 100 de la main-d'œuvre non spécialisée. En 1981, par contre, les femmes représentaient 40,7 pour 100 de l'ensemble de la

of CN. Among blue-collar workers in Canada, 13 per cent were women during the period January to May 1982, yet female applicants for blue-collar jobs at CN constituted only 5 per cent of the total applicant pool.

The markedly low rate of female participation in so-called "non-traditional" occupations at Canadian National, namely occupations in which women typically have been significantly under-represented considering their proportion in the work force as a whole, was not fortuitous. The evidence before the Tribunal established clearly that the recruitment, hiring and promotion policies at Canadian National prevented and discouraged women from working on blue-collar jobs. The Tribunal held, a finding not challenged in this Court, that CN had not made any real effort to inform women in general of the possibility of filling non-traditional positions in the company. For example, the evidence indicated that Canadian National's recruitment program with respect to skilled crafts and trade workers was limited largely to sending representatives to technical schools where there were almost no women. When women presented themselves at the personnel office, the interviews had a decidedly "chilling effect" on female involvement in non-traditional employment; women were expressly encouraged to apply only for secretarial jobs. According to some of the testimony, women applying for employment were never told clearly the qualifications which they needed to fill the blue-collar job openings. Another hurdle placed in the way of some applicants, including those seeking employment as coach cleaners, was to require experience in soldering. Moreover, the personnel office did not itself do any hiring for blue-collar jobs. Instead, it forwarded names to the area foreman, and Canadian National had no means of controlling the decision of the foreman to hire or not to hire a woman. The

main-d'œuvre au Canada. À l'époque, les femmes ne représentaient que 6,11 pour 100 de l'ensemble de la main-d'œuvre du CN. Au cours de la période comprise entre janvier et mai 1982, les femmes ^a constituaient 13 pour 100 de la main-d'œuvre ouvrière au Canada et pourtant les candidates pour des emplois manuels au CN ne représentaient que 5 pour 100 du nombre total de candidats.

^b Ce taux remarquablement faible de la participation féminine dans les métiers dit «non traditionnels» au Canadien National, notamment dans des métiers où les femmes ont habituellement été fort sous-représentées compte tenu du pourcentage de ^c la main-d'œuvre globale qu'elles représentent, n'est pas fortuit. La preuve dont le tribunal a été saisi établit clairement que les politiques de recrutement, d'embauche et de promotion du Canadien ^d National ont empêché et découragé les femmes d'occuper des emplois manuels. Le tribunal en est venu à la conclusion, qui n'a pas été contestée devant cette Cour, que le CN n'avait pas vraiment fait d'efforts pour informer les femmes en général ^e de la possibilité d'occuper des emplois non traditionnels au sein de la compagnie. Par exemple, il ressort de la preuve que le programme de recrutement du Canadien National dans le cas des corps de métiers était largement limité à l'envoi de ^f représentants dans les écoles techniques où il n'y avait presque aucune femme. Lorsque des femmes se présentaient au bureau du personnel, les entrevues avaient décidément un «effet de douche froide» sur la participation de femmes dans des ^g secteurs non traditionnels; on encourageait expressément les femmes à ne postuler que des emplois de secrétaire. D'après certains témoignages, on ne disait jamais clairement aux femmes qui sollicitaient un emploi quelles étaient les conditions à ^h remplir pour obtenir les emplois manuels disponibles. Un autre obstacle imposé à certaines candidates, y compris celles sollicitant un poste de préposé au nettoyage des wagons, consistait à exiger ⁱ une expérience de la soudure. En outre, le bureau du personnel ne s'occupait pas lui-même de l'embauche de travailleurs manuels. Au lieu de cela, il faisait parvenir les noms des candidats au contre-maître du secteur et ainsi le Canadien National ^j n'avait aucun moyen de contrôler la décision du contremaître d'engager ou non une femme. Il est

evidence indicated that the foremen were typically unreceptive to female candidates.

ressorti de la preuve que les contremaîtres étaient habituellement défavorables aux femmes candidates.

II

The Earlier Judgments

1. *The Human Rights Tribunal*

The Human Rights Tribunal concluded that it was essential to impose upon CN a special employment program if the proportion of women in blue-collar jobs at CN was to mirror even roughly the proportion of women in similar jobs across the country, namely 13 per cent. It should be stressed that this goal appears to be modest considering that the 13 per cent participation rate of women in blue-collar jobs across Canada at the time arguably constituted a significant under-representation of women in that segment of the labour market.

For greater clarity, the Tribunal stated that its objective was simply to increase to 13 per cent the female work force in non-traditional jobs at CN in the St. Lawrence Region. To that end, the Tribunal made the following order:

ORDER

FOR THE ABOVE REASONS this Tribunal, concluding that there are in the St Lawrence Region of CN certain hiring policies or practices that are discriminatory for the purpose of section 10 of the Canadian Human Rights Act, and that these practices are not based on *bona fide* occupational requirements for the purpose of section 14 of the said Act, makes the following order, according to the powers conferred upon it by section 41:

PERMANENT MEASURES FOR NEUTRALIZATION OF CURRENT POLICIES AND PRACTICES

1. CN shall immediately discontinue the use of the Bennett test for entry level positions other than apprentice positions, and, within one year of the time of this decision and for the same positions, shall discontinue all mechanical aptitude tests that have a negative impact on

II

Les jugements antérieurs

1. *Le tribunal des droits de la personne*

Le tribunal des droits de la personne a conclu qu'il était essentiel d'imposer au CN un programme spécial d'emploi si l'on voulait que le pourcentage des femmes détenant des emplois manuels au CN reflète au moins approximativement le pourcentage de celles détenant des emplois similaires dans l'ensemble du pays, soit 13 pour 100. On devrait souligner que cet objectif semble modeste si l'on considère que ce 13 pour 100 de femmes cols bleus dans l'ensemble du Canada à l'époque constituait certes une forte sous-représentation des femmes dans ce secteur du marché du travail.

Pour plus de clarté, le tribunal a déclaré que son objectif consistait simplement à hausser jusqu'à 13 pour 100 la main-d'œuvre féminine occupant des postes non traditionnels au CN dans la région du St-Laurent. À cette fin, le tribunal a rendu l'ordonnance suivante:

ORDONNANCE

POUR LES MOTIFS PRÉCITÉS, ce tribunal, concluant à l'existence au CN, dans la région du St-Laurent, de certaines pratiques ou lignes de conduite d'embauche qui sont discriminatoires au sens de l'article 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, et concluant de plus que ces lignes de conduite ne sont pas fondées sur des exigences professionnelles normales au sens de l'article 14 de ladite loi, rend l'ordonnance suivante, selon les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 41 de ladite loi:

MESURES PERMANENTES DE NEUTRALISATION DE POLITIQUES ET PRATIQUES COURANTES

1. Le CN devra cesser immédiatement l'utilisation du test Bennett pour les postes d'entrée autres que les postes d'apprentis de même que, dans un délai d'un an à compter de la présente décision et à l'endroit des mêmes postes, cesser l'utilisation de tous tests d'aptitude méca-

women and are not warranted by the aptitude requirements of the positions being applied for.

2. CN shall immediately discontinue all practices pursued by foremen or others in which female candidates undergo physical tests not required of male candidates, mainly the test which consists of lifting a brakeshoe with one arm.

3. CN shall immediately discontinue the requirement for welding experience for all entry level positions, with the exception of apprentice positions.

4. CN shall modify its system for the dissemination of information on positions available. More specifically, within the period of one year it shall take the most suitable measures to inform the general public of all positions available.

5. CN shall immediately change the reception practices in its employment office to give female candidates complete, specific and objective information on the real requirements of non-traditional positions.

6. CN shall immediately modify its system of interviewing candidates; in particular, it shall ensure that those responsible for conducting such interviews are given strict instructions to treat all candidates in the same way, regardless of their sex.

7. Should CN wish to continue to grant foremen the power to refuse to hire persons already accepted by the employment office, it shall immediately issue a specific directive to the effect that no one shall be rejected on the basis of sex.

8. CN shall continue to implement the measures already adopted in its directive on sexual harassment with a view to eliminating from the workplace all forms of sexual harassment and discrimination.

SPECIAL TEMPORARY MEASURES

1. Within the period of one year and until the percentage of women in non-traditional jobs at CN has reached 13, CN shall undertake an information and publicity campaign inviting women in particular to apply for non-traditional positions.

2. Whereas we feel that the process of change in CN's St Lawrence Region must be accelerated and preferential measures for women are required;

nique qui ont un impact négatif pour les femmes sans être justifiés par les aptitudes requises pour les emplois postulés par les candidates.

2. Le CN devra cesser immédiatement toute pratique des contremaîtres ou de tout autre responsable visant à exiger des candidates féminines des tests physiques non imposés aux candidats masculins et notamment le test consistant à soulever d'une main une mâchoire de freins.

3. Le CN devra cesser immédiatement d'exiger des candidats une expérience déjà acquise en soudure pour tous les postes d'entrée, à l'exception des postes d'apprentis.

4. Le CN devra modifier son système de diffusion des renseignements relatifs aux emplois disponibles. Plus particulièrement, il devra, dans un délai d'un an, prendre les moyens d'information et de publicité les plus appropriés auprès du public en général pour annoncer tout poste disponible.

5. Le CN devra modifier dès maintenant les pratiques d'accueil du bureau d'embauche pour donner aux candidates féminines des informations complètes, précises et objectives sur les exigences réelles des emplois non traditionnels.

6. Le CN devra modifier dès maintenant son système d'entrevue des candidats; plus particulièrement, il devra veiller à ce que les responsables de ces entrevues aient de strictes instructions visant à traiter de la même façon tous les candidats, sans égard à leur sexe.

7. Dans la mesure où le CN voudrait continuer d'accorder aux contremaîtres le pouvoir de refuser d'embaucher des personnes déjà acceptées par le bureau d'embauche, le CN devra émettre dans l'immédiat une directive précise à leur endroit, à l'effet que nul ne peut être refusé pour des motifs de discrimination sexuelle.

8. Le CN devra poursuivre les mesures déjà adoptées dans le cadre de sa directive sur le harcèlement sexuel visant à éliminer du lieu de travail toute forme de harcèlement et de discrimination sexuels.

MESURES SPÉCIALES TEMPORAIRES

1. Le CN devra, dans un délai d'un an et jusqu'à ce que le pourcentage de femmes dans les emplois non traditionnels au CN ait atteint 13%, entreprendre une campagne d'information et de publicité pour inviter en particulier les femmes à poser leur candidature à des postes non traditionnels.

2. Considérant qu'il nous apparaît que le processus de changement dans la région du St-Laurent au CN doit être accéléré et que des mesures préférentielles visant les femmes s'imposent.

—Whereas the employer must be given a certain measure of flexibility in view of the uncertainty surrounding the question of how many qualified female workers are available;

—Whereas ideally, in order to create as soon as possible a critical mass that would allow the system to continue to correct itself, we would be inclined to require over the coming years, until the objective of 13% is achieved, the hiring of women to fill at least one non-traditional position out of every three;

—Whereas for the sake of giving more latitude and flexibility to CN in the methods employed to achieve the desired objective, we feel that it would be more prudent to require a ratio lower than one in three for the hiring of women for non-traditional positions at CN;

ACCORDINGLY, Canadian National is ordered to hire at least one woman for every four non-traditional positions filled in the future. This measure shall take effect only when CN employees who have been laid off but who are subject to recall have been recalled by CN, but not before one year has elapsed from the time of this decision, in order to give CN a reasonable length of time to adopt measures to comply with this order. When it is in effect, daily adherence to the one-in-four ratio will not be required, in order to give the employer more choice in the selection of candidates. However, it must be complied with over each quarterly period until the desired objective of having 13% of non-traditional positions filled by women is achieved.

3. Within a period of two months of this decision, CN shall appoint a person responsible with full powers to ensure the application of the special temporary measures and to carry out any other duties assigned to him by CN to implement this decision.

SUBMISSION OF DATA

CN SHALL SUBMIT TO THE COMMISSION:

1. Within 20 days of the introduction of the above-mentioned special temporary measures, an initial inventory of the number of blue-collar workers in the CN's St Lawrence Region, by sex and by position.

2. Within 20 days of the end of each quarterly period after the above-mentioned special temporary measures have begun to be applied, and for the entire duration of

Considérant par ailleurs qu'il faut laisser à l'employeur une certaine flexibilité vu l'incertitude devant laquelle nous nous trouvons sur l'ampleur du bassin de main-d'œuvre féminine qualifiée disponible.

a Considérant qu'idéalement, pour créer le plus tôt possible une masse critique qui permettrait au système de continuer à se corriger par lui-même, nous serions enclins à exiger qu'au cours des prochaines années, et jusqu'à ce que l'objectif de 13% soit atteint, au moins un poste non traditionnel sur trois soit confié, à l'embauche, à une femme.

c Considérant cependant qu'afin de donner plus de latitude et de flexibilité au CN dans les moyens à prendre pour atteindre l'objectif désiré, il nous apparaît plus prudent de fixer un nombre minimal d'embauche féminine plus faible qu'un sur trois des postes non traditionnels à être comblés au CN dorénavant.

d EN CONSÉQUENCE, il est ordonné au Canadien National d'embaucher au moins une femme sur quatre postes non traditionnels à être comblés à l'avenir. Cette mesure n'entrera en vigueur que lorsque les employés du CN actuellement mis à pied mais sujets à rappel auront été rappelés par le CN, mais, dans tous les cas, pas avant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la présente décision, afin de donner au CN un délai raisonnable pour adopter les mesures nécessaires pour se conformer à cette ordonnance. Une fois en vigueur, la proportion d'un sur quatre n'aura pas à être respectée quotidiennement, ce afin de permettre à l'employeur un meilleur choix dans la sélection des candidats. Elle devra cependant être respectée dans l'ensemble de chaque période trimestrielle, jusqu'à ce que l'objectif désiré de 13% de femmes dans les postes non traditionnels soit atteint.

g 3. Dans un délai de deux mois à compter de la présente décision, le CN devra nommer un responsable avec pleins pouvoirs pour assurer la mise en vigueur des mesures spéciales temporaires et réaliser tout autre mandat qui pourrait lui être confié par le CN relativement à la mise en œuvre de la présente décision.

PRODUCTION DE DONNÉES

LE CN DEVRA SOUMETTRE À LA COMMISSION:

i 1. Dans les vingt (20) jours suivant la mise en application des mesures spéciales temporaires susdites, un relevé initial du nombre d'employés «cols bleus» dans la région du St-Laurent au CN, par sexe et par fonction.

j 2. Dans les vingt (20) jours suivant la fin de chaque période trimestrielle à compter de la mise en application des mesures spéciales temporaires susdites et pendant

the said measures, after forwarding a copy to ATF, a report containing:

(a) a list indicating the name, sex, title and duties, date hired and employment sector of every person hired in the St Lawrence Region during the previous quarter;

(b) a detailed statement of the efforts made by CN to recruit female candidates for non-traditional positions during the previous quarter;

(c) a breakdown, by sex, of: the total number of persons who applied for non-traditional positions at CN during the previous quarter; and the total number of persons who completed, underwent or failed every test or written examination to fill a non-traditional position. This list shall include the score and rank of every person who passed the test or examination;

(d) the name, sex and changes in titles and duties, or changes in status of every employee hired for non-traditional positions after the special temporary measures come into force.

3. A statement giving the name, official title and date of appointment of the person in charge of applying the above-mentioned special temporary measures, within twenty days of his or her appointment.

It will be observed that the first part of the Order required CN to cease certain discriminatory hiring and employment practices and to alter others; the second part set a goal of 13 per cent female participation in the targeted job positions, and established a requirement to hire at least one woman to fill every four job openings until that goal was reached; and the third part required the filing of periodic reports with the Commission.

2. *The Federal Court of Appeal*

Canadian National made an application to the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, to review and set aside the Decision of the Tribunal on the following grounds:

1. That the Tribunal appointed by the Canadian Human Rights Commission erred in law by basing its Decision on erroneous findings of fact, made without regard for the material before it. Such findings are contrary to, and unsupported by the evidence.

toute la durée desdites mesures, après en avoir transmis une copie à ATF, un rapport comprenant:

a) une liste indiquant les noms, sexe, titres et fonctions, date d'embauche et secteur de travail de toute personne embauchée dans la région du St-Laurent pendant le trimestre précédent;

b) une déclaration détaillée faisant état des efforts entrepris par le CN pour recruter des candidates féminines dans des postes non traditionnels pendant le trimestre précédent;

c) le nombre total de personnes ayant posé leur candidature à des postes non traditionnels au CN pendant le trimestre précédent, par sexe; le nombre total de personnes ayant complété, passé ou échoué tout test ou examen écrit pour fins d'embauche à un poste non traditionnel. Cette liste devra comprendre les résultats et le rang de toute personne ayant réussi le test ou examen;

d) les noms, sexe et tous changements de titres et fonctions, ou changement de statut des employés embauchés à des postes non traditionnels après l'entrée en vigueur des mesures spéciales temporaires.

3. Dans les vingt (20) jours suivant sa nomination, une déclaration indiquant le nom, le titre officiel et la date de nomination du responsable chargé de l'application des mesures temporaires spéciales susdites.

On remarquera que la première partie de l'ordonnance enjoint au CN de mettre fin à certaines pratiques discriminatoires en matière d'embauche et d'emploi et d'en modifier d'autres; la seconde partie fixe à 13 pour 100 le pourcentage cible de femmes dans les postes visés et oblige à embaucher au moins une femme pour combler un poste vacant sur quatre jusqu'à ce que cet objectif soit atteint; enfin, la troisième partie exige le dépôt de rapports périodiques auprès de la Commission.

2. *La Cour d'appel fédérale*

Le Canadien National s'est fondé sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, pour demander à la Cour d'appel fédérale d'examiner et d'annuler la décision du tribunal sur la foi des moyens suivants:

[TRADUCTION]

1. Le tribunal constitué par la Commission canadienne des droits de la personne a commis une erreur de droit en fondant sa décision sur des constatations de fait erronées qui ne tiennent aucun compte des pièces dont il était saisi. Ces constatations sont contraires à la preuve soumise qui ne les étaye pas.

2. That the Tribunal appointed by the Canadian Human Rights Commission erred in law and exceeded its jurisdiction by imposing upon your Applicant a specific and detailed program containing mandatory quotas to redress alleged discriminatory practices, contrary to Section 41 of the Canadian Human Rights Act. ^a

3. That the Tribunal appointed by the Canadian Human Rights Commission erred in law and exceeded its jurisdiction by ordering that your Applicant carry out said program without consultation with the Canadian Human Rights Commission as required by Section 41(2)(a) of the Canadian Human Rights Act. ^b

In fact, both before the Federal Court of Appeal and before this Court, issue was joined primarily on the second ground of appeal, the jurisdiction of the Tribunal under s. 41(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act* to make the impugned order. ^c

Section 41(2) reads:

41. (1) ...

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, subject to subsection (4) and section 42, it may make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in such order any of the following terms that it considers appropriate: ^f

(a) that such person cease such discriminatory practice and, in consultation with the Commission on the general purposes thereof, take measures, including adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 15(1), to prevent the same or a similar practice occurring in the future; ^g

(b) that such person make available to the victim of the discriminatory practice on the first reasonable occasion such rights, opportunities or privileges as, in the opinion of the Tribunal, are being or were denied the victim as a result of the practice; ^h

(c) that such person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all of the wages that the victim was deprived of and any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and ⁱ

(d) that such person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all additional cost of obtaining alternative goods, services, faci- ^j

2. Le tribunal constitué par la Commission canadienne des droits de la personne a commis une erreur de droit et a outrepassé sa compétence en imposant à la requérante un programme précis et détaillé comportant des quotas obligatoires pour remédier aux actes discriminatoires allégués, contrairement à l'art. 41 de la Loi canadienne sur les droits de la personne.

3. Le tribunal constitué par la Commission canadienne des droits de la personne a commis une erreur de droit et a outrepassé sa compétence en ordonnant à la requérante de mettre en œuvre ledit programme sans consulter la Commission canadienne des droits de la personne, comme le requiert l'al. 41(2)a) de la Loi canadienne sur les droits de la personne.

En fait, tant devant la Cour d'appel fédérale que devant nous, la contestation a été liée principalement quant au second moyen d'appel, soit la compétence du tribunal, en vertu de l'al. 41(2)a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, pour rendre l'ordonnance contestée. ^d

Le paragraphe 41(2) porte:

41. (1) ...

(2) À l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l'article 42, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire ^e

a) de mettre fin à l'acte et de prendre des mesures destinées à prévenir les actes semblables, et ce, en consultation avec la Commission relativement à l'objet général de ces mesures; celles-ci peuvent comprendre l'adoption d'une proposition relative à des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux visés au paragraphe 15(1);

b) d'accorder à la victime, à la première occasion raisonnable, les droits, chances ou avantages dont, de l'avis du tribunal, l'acte l'a privée;

c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il juge indiquée, des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte; et

d) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il fixe, des frais supplémentaires causés, pour recourir à d'autres biens, services, installations

ties or accommodation and any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice.

Hugessen J. allowed the application and set aside part of the Tribunal's Order, [1985] 1 F.C. 96. Insofar as the Tribunal's findings of discrimination were concerned, Hugessen J. was satisfied that no ground had been shown which would justify intervention by the Court under the provisions of s. 28 of the *Federal Court Act*. Likewise, he was not persuaded that the Tribunal committed any excess of jurisdiction in Parts 1 and 3 of the Order under review.

The only part of the Order which gave him concern was the "Special Temporary Measures" section contained in Part 2 and, in particular, paragraph 2 thereof, which imposed a hiring goal of 25 per cent on CN until such time as the goal of 13 per cent female involvement in the non-traditional work force had been achieved.

Justice Hugessen's judgment turned on his interpretation of the words "take measures . . . to prevent" in the English text, and "*prendre des mesures destinées à prévenir*" in the French text of s. 41(2)(a). The crux of the judgment, it appears to me, is found in the following short paragraph which draws a sharp and determinative distinction between "prevention" and "cure" (at p. 102):

The sole permissible purpose for the order is prevention; it is not cure. The text requires that the order look to the avoidance of future evil. It does not allow restitution for past wrongs.

Hugessen J. quoted s. 15(1) of the Act, to which s. 41(2)(a) makes reference. It is the subsection which deals expressly with employment equity programs and it reads:

15. (1) It is not a discriminatory practice for a person to adopt or carry out a special program, plan or arrangement designed to prevent disadvantages that are likely to be suffered by, or to eliminate or reduce disadvantages that are suffered by, any group of individuals when those disadvantages would be or are based on or related to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status or physical

ou moyens d'hébergement, et des dépenses entraînées par l'acte.

Le juge Hugessen a accueilli la demande et annulé en partie l'ordonnance du tribunal: [1985] 1 C.F. 96. En ce qui concernait les constatations de discrimination du tribunal, le juge Hugessen était convaincu qu'on n'avait établi aucun motif justifiant l'intervention de la cour en vertu des dispositions de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. De même, on n'a pas réussi à le persuader que le tribunal avait outrepassé sa compétence dans les première et troisième parties de l'ordonnance en cause.

La seule partie de l'ordonnance qui le préoccupait était la section intitulée «Mesures spéciales temporaires» contenue dans la deuxième partie et, notamment, son paragraphe 2, qui impose au CN un objectif d'embauche de 25 pour 100 jusqu'à ce que l'objectif de 13 pour 100 de main-d'œuvre féminine dans des emplois non traditionnels ait été atteint.

L'opinion du juge Hugessen reposait sur son interprétation des termes «prendre des mesures destinées à prévenir» de la version française et «take measures [. . .] to prevent» de la version anglaise, qui figurent à l'al. 41(2)a). On trouve le fondement de son opinion, me semble-t-il, dans le petit paragraphe suivant qui établit une distinction nette et décisive entre «prévention» et «réparation» (à la p. 102):

Le seul objectif permis que peut viser l'ordonnance est la prévention et non la réparation. Le texte de loi exige de l'ordonnance qu'elle prévienne la répétition d'actes discriminatoires. Il ne permet pas de réparer les préjudices déjà causés.

Le juge Hugessen a cité le par. 15(1) de la Loi, auquel renvoie l'al. 41(2)a). C'est ce paragraphe qui traite expressément des programmes d'équité en matière d'emploi; il est ainsi conçu:

15. (1) Ne constitue pas un acte discriminatoire le fait d'adopter ou de mettre en œuvre des programmes ou des plans ou de prendre des arrangements spéciaux destinés à supprimer, diminuer ou prévenir les désavantages que subit ou peut vraisemblablement subir un groupe d'individus pour des motifs fondés directement ou indirectement sur leur race, leur origine nationale ou ethnique, leur couleur, leur religion, leur âge, leur sexe,

handicap of members of that group, by improving opportunities respecting goods, services, facilities, accommodation or employment in relation to that group.

Hugessen J. dealt with s. 15(1) by stating that the programs which s. 15(1) protects as non-discriminatory are voluntary in nature; by contrast, the measures which s. 41(2)(a) permits are imposed by order of the Tribunal. Section 41(2)(a) is limited to prevention in the future whereas s. 15(1) allows "the sins of the fathers to be visited upon the sons". He therefore held that when the Tribunal exercises its power under s. 41 to order the adoption of a program envisaged by s. 15, it can only order that kind of program which will meet the purposive requirements of s. 41. Hugessen J. was willing to concede that the fixing of a goal of 13 per cent women in non-traditional posts in CN in the St. Lawrence Region was a legitimate means of setting a measurable standard against which the achievement of the ultimate purpose of the order could be tested, but he emphasized that the purpose, as required by law, could only be the prevention of future acts of discrimination.

The judge went on to examine the requirement that until the goal was achieved, CN had to hire one woman for each four entries into its unskilled blue-collar labour force. He quoted *inter alia* the following passage from the decision of the Tribunal:

It will be difficult in the case of CN to remedy the marked disparity resulting from years of discriminatory practices. It is to be hoped that, with time, the imbalance will be reduced. However, it is our view that this will not be possible without the imposition of an affirmative action program.

He concluded (at p. 104):

There is nothing of prevention in this. The measure imposed is, and is stated to be, a catch-up provision whose purpose can only be to remedy the effects of past discriminatory practices. That purpose is not one which is permitted by section 41.

Hugessen J. confessed to a "certain sense of frustration" in coming to the conclusion that the Tri-

leur situation de famille ou leur handicap physique en améliorant leurs chances d'emploi ou d'avancement ou en leur facilitant l'accès à des biens, des services, installations ou moyens d'hébergement.

" Le juge Hugessen a traité le par. 15(1) en disant que les programmes que cette disposition considère comme non discriminatoires sont volontaires par nature; par contre, les mesures que vise l'al. 41(2)a) sont imposées par ordonnance du tribunal. L'alinéa 41(2)a) se limite à la prévention des actes à venir alors que le par. 15(1) permet de «punir les enfants pour les péchés de leurs pères». Il conclut donc que, lorsque le tribunal exerce le pouvoir que lui confère l'art. 41 d'ordonner l'adoption d'un programme envisagé à l'art. 15, il ne peut ordonner que l'adoption de programmes conformes aux objectifs visés par l'art. 41. Le juge Hugessen était disposé à admettre que le fait de fixer un objectif de 13 pour 100 de femmes dans des postes non traditionnels au CN, pour la région du St-Laurent, constituait un moyen légitime d'établir une norme mesurable permettant de vérifier si l'objectif ultime de l'ordonnance avait été atteint, mais il a souligné que cet objectif, suivant la Loi, ne pouvait être que la prévention de futurs actes discriminatoires.

Il a ensuite examiné l'obligation qui était imposée au CN d'embaucher, jusqu'à ce que cet objectif soit atteint, une femme sur quatre nouveaux employés venant s'ajouter à sa main-d'œuvre manuelle non spécialisée. Il a cité notamment le passage suivant de la décision du tribunal:

Il sera difficile dans le cas du CN de remédier à la disproportion marquée qui résulte de pratiques suivies depuis des années. Il faut espérer qu'avec le temps, le déséquilibre sera réduit, mais il nous apparaît que la chose ne sera pas possible sans l'imposition d'un programme d'action positive dans le cas qui nous occupe.

Il a conclut en disant ceci (à la p. 104):

Cela n'a rien à voir avec la prévention. Suivant les mots mêmes du tribunal, la mesure imposée est une mesure de rattrapage dont l'objectif ne peut être que de remédier aux conséquences des actes discriminatoires déjà commis. Or, cet objectif ne fait pas partie de ceux que l'article 41 autorise.

Le juge Hugessen a avoué ressentir «un certain sentiment d'insatisfaction» à conclure que le tribu-

bunal had exceeded its powers in making the order, stating: "On a purely impressionistic basis, neither the goal of 13% nor the imposed hiring quota of 25% strike me as being *per se* unreasonable".

I have dealt at some length with the judgment of Hugessen J. because (i) it is the majority judgment of the Court and (ii) with great respect, I disagree with it. Pratte J., in a short judgment, sided with Hugessen J. in the view that the Tribunal's power was limited to prescribing measures for the purpose of preventing the recurrence of the discriminatory practices which had been found to exist and not to remedy the consequences of past discrimination. Pratte J. would have gone further than Hugessen J., however, and would also have set aside the second and third parts of the Order of the Tribunal. MacGuigan J. wrote a strong and cogent dissent to which I will make reference below, concluding that the Order of the Tribunal was within its jurisdiction under s. 41(2)(a). It is a view which I share.

The Attorney General of Canada did not file a factum or make any representations in the proceedings before our Court.

III

Interpreting Human Rights Legislation

Let me emphasize at the outset that the Human Rights Tribunal's findings of fact that the hiring practices of Canadian National in the St. Lawrence Region constituted systemic discrimination are not at issue before this Court. Moreover, the argument that the Human Rights Tribunal lacked jurisdiction because the Commission failed first to consult with CN in breach of s. 41(2)(a) was not pursued with great vigour. In my view, the lack of emphasis upon that argument was wise for it holds no merit. The real controversy relates solely to the legality of the remedial order issued by the Human Rights Tribunal.

nal a outrepassé ses pouvoirs en rendant l'ordonnance, disant: «De prime abord, ni l'objectif de 13 %, ni le quota d'embauchage de 25 % ne m'apparaissent, en eux-mêmes, déraisonnables».

a

J'ai traité assez longuement de l'opinion du juge Hugessen parce que: (i) elle représente l'arrêt des juges formant la majorité de la Cour et (ii), avec beaucoup d'égards, je ne la partage pas. Le juge Pratte, dans une courte opinion, s'est rallié au juge Hugessen en se disant d'avis que le pouvoir du tribunal se limitait à prescrire des mesures destinées à prévenir la récurrence des actes discriminatoires constatés et non de remédier aux conséquences d'actes discriminatoires antérieurs. Toutefois, il serait allé plus loin que le juge Hugessen et aurait aussi annulé les seconde et troisième parties de l'ordonnance du tribunal. Le juge MacGuigan a inscrit une dissidence énergique et convaincante, à laquelle je me référerai plus loin, concluant que l'ordonnance du tribunal était conforme à sa compétence en vertu de l'al. 41(2)a). C'est une opinion que je partage.

b

c

d

e

Le procureur général du Canada n'a pas produit de mémoire et ne s'est pas fait entendre au cours du débat devant cette Cour.

f

III

L'interprétation de la législation sur les droits de la personne

g

Qu'il me soit permis, au départ, de souligner que les constatations de fait du tribunal des droits de la personne suivant lesquelles les pratiques d'embauche du Canadien National dans la région du St-Laurent constituent de la discrimination systémique, ne sont pas en cause devant nous. De plus, l'argument portant que le tribunal des droits de la personne n'avait pas compétence parce que la Commission n'a pas consulté le CN, contrairement à l'al. 41(2)a), n'a pas été invoqué avec beaucoup de vigueur. À mon avis, on a bien fait de ne pas insister là-dessus car l'argument est sans fondement. Le vrai litige porte uniquement sur la légalité de l'ordonnance réparatrice rendue par le tribunal des droits de la personne.

h

i

j

I do not think the answer to the question posed in this appeal will be found by applying strict grammatical construction to the last twelve words of s. 41(2)(a). I say this for at least three reasons. First, such an approach renders meaningless the specific reference back to s. 15(1) contained in s. 41(2)(a). Section 15(1) of the Act is designed to save employment equity programs from attack on the ground of "reverse discrimination". If s. 41(2)(a) is read to limit the scope of such programs, no effective mandatory employment equity program could be undertaken in any circumstances, and the legislative protection offered to the principle of employment equity would be nullified. Second, in focussing solely upon the limited purposive aspect of s. 41(2)(a) itself, the dominant purpose of the *Canadian Human Rights Act* is ignored. Yet, we are not left in the dark as to the purpose of the Act as a whole. The drafters saw fit to include a specific statement of purpose in s. 2:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada, to the following principles:

(a) every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex or marital status, or conviction for an offence for which a pardon has been granted or by discriminatory employment practices based on physical handicap

Third, the case-law of this Court, some of which post-dates the judgment of the Federal Court of Appeal in the present proceedings, has a direct bearing on the outcome of this appeal. The Court has spoken on the proper interpretive attitude towards human rights codes and acts.

Je ne pense pas qu'on puisse répondre à la question soulevée dans le présent pourvoi au moyen d'une interprétation grammaticale stricte de l'expression «prévenir les actes semblables» de l'al. 41(2)a), et ce, pour au moins trois raisons. En premier lieu, une telle solution fait perdre tout son sens à la référence expresse au par. 15(1) que fait l'al. 41(2)a). Le paragraphe 15(1) de la Loi vise à protéger les programmes d'équité en matière d'emploi contre toute contestation pour le motif qu'ils constituent de la «discrimination à rebours». Si l'al. 41(2)a) était interprété de façon à limiter la portée de ces programmes, aucun programme d'équité en matière d'emploi obligatoire et efficace ne pourrait être mis en œuvre dans quelques circonstances que ce soit et la garantie législative apportée au principe de l'équité en matière d'emploi se trouverait annulée. En deuxième lieu, en ne s'intéressant qu'à l'aspect limité des objectifs de l'al. 41(2)a) lui-même, on oublie le but premier de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Pourtant, on ne nous a pas laissé dans l'incertitude quant à l'objet général de la Loi. Ses rédacteurs ont jugé bon d'inclure une déclaration d'intention expresse à l'art. 2:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne actuelle en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, aux principes suivants:

a) tous ont droit, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, la situation de famille ou l'état de personne graciée ou, en matière d'emploi, de leurs handicaps physiques;

En troisième lieu, la jurisprudence de cette Cour, dont une partie est postérieure à l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale en l'espèce, a une incidence directe sur l'issue du présent pourvoi. La Cour s'est prononcée sur l'attitude à adopter quand il s'agit d'interpréter des lois et des codes sur les droits de la personne.

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law. I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble their proper impact. Although it may seem commonplace, it may be wise to remind ourselves of the statutory guidance given by the federal *Interpretation Act* which asserts that statutes are deemed to be remedial and are thus to be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure that their objects are attained. See s. 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, as amended. As Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87 has written:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The purposes of the Act would appear to be patently obvious, in light of the powerful language of s. 2. In order to promote the goal of equal opportunity for each individual to achieve "the life that he or she is able and wishes to have", the Act seeks to prevent all "discriminatory practices" based, *inter alia*, on sex. It is the practice itself which is sought to be precluded. The purpose of the Act is not to punish wrongdoing but to prevent 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. No doubt, some people who discriminate do so out of wilful ignorance or animus. Many of the first anti-discrimination statutes focussed solely upon the behaviour of such individuals, requiring proof of "intent" to discriminate before imposing any sanctions. See Walter S. Tarnopolsky, *Discrimination and the Law in Canada* (1982), at pp.

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale, lesquels sont susceptibles d'être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice. Je reconnais qu'en interprétant la Loi, les termes qu'elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet. Bien que cela puisse sembler banal, il peut être sage de se rappeler ce guide qu'offre la *Loi d'interprétation* fédérale lorsqu'elle précise que les textes de loi sont censés être réparateurs et doivent ainsi s'interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets. Voir l'article 11 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23 et ses modifications. Comme Elmer A. Driedger l'a écrit à la p. 87 de *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983):

[TRADUCTION] De nos jours, un seul principe ou méthode prévaut pour l'interprétation d'une loi: les mots doivent être interprétés selon le contexte, dans leur acception logique courante en conformité avec l'esprit et l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Les objets de la Loi sembleraient tout à fait évidents, compte tenu des termes puissants de l'art. 2. Pour que tous puissent avoir des chances égales d'«épanouissement», la Loi cherche à interdire «les considérations» fondées notamment sur le sexe. 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.

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. Il ne fait pas de doute que certaines personnes qui établissent des distinctions illicites le font délibérément ou par ignorance volontaire. Parmi les premières lois antidiscriminatoires, beaucoup s'intéressaient uniquement au comportement des personnes de ce genre et exigeaient la preuve de l'«intention» d'établir une distinction illicite pour

109-122. There were two major difficulties with this approach. One semantic problem was a continuing confusion of the notions of "intent" and "malice". The word "intent" was deprived of its meaning in common parlance and was used as a surrogate for "malice". "Intent" was not the simple willing of a consequence, but rather the desiring of harm.

This imputed meaning was coherent in the context of a statute designed to punish moral blameworthiness. However, as the second problem with a fault-based approach was revealed—that moral blame was too limited a concept to deal effectively with the problem of discrimination—an attempt was made by legislatures and courts to cleanse the word "intent" of its moral component. The emphasis upon formal causality was restored and the intent required to prove discrimination became the intent to cause a discriminatory result. The judgment of the Federal Court of Appeal in *Canadian National Railway Co. v. Canadian Human Rights Commission and Bhinder*, [1983] 2 F.C. 531, is an example of this approach (aff'd on different grounds in *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561). The difficulty with this development was that "intent" had become so encrusted with the moral overtones of "malice" that it was often difficult to separate the two concepts. Moreover, the imputation of a requirement of "intent", even if unrelated to moral fault, failed to respond adequately to the many instances where the effect of policies and practices is discriminatory even if that effect is unintended and unforeseen. The stated purpose of human rights legislation (in the case of the Canadian Act, to prevent "discriminatory practices") was not fully implemented.

The first comprehensive judicial statement of the correct attitude towards the interpretation of human rights legislation can be found in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*,

que puissent être imposées des sanctions. Voir Walter S. Tarnopolsky, *Discrimination and the Law in Canada* (1982), aux pp. 109 à 122. Cette conception soulevait deux difficultés majeures. Il y avait d'abord un problème de sémantique: la confusion permanente entre la notion d'«intention» et celle d'«intention de nuire». Le terme «intention» perdait son sens ordinaire pour devenir synonyme d'«intention de nuire». L'«intention» ne consistait plus simplement à vouloir une conséquence, c'était vouloir nuire.

Le sens attribué était logique dans le contexte d'une loi conçue pour punir la responsabilité morale. Toutefois, avec la révélation du second problème que suscitait une conception basée sur la faute, savoir que le blâme moral était un concept trop limité pour résoudre vraiment la question de la discrimination, les législateurs et les tribunaux ont tenté de dépouiller le terme «intention» de sa connotation morale. L'insistance sur la causalité formelle a été rétablie et l'intention requise pour prouver la discrimination est devenue l'intention d'arriver à un résultat discriminatoire. L'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des droits de la personne et Bhinder*, [1983] 2 C.F. 531, est un exemple de cette conception (confirmé pour des motifs différents dans l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561). La difficulté que posait ce changement, c'est que l'«intention» s'entourait tellement de la connotation morale d'«intention de nuire» qu'il devenait souvent difficile de séparer les deux concepts. De plus, l'imputation d'une exigence d'«intention», même non liée à la faute morale, ne répondrait pas adéquatement aux nombreux cas où des politiques et pratiques ont un effet discriminatoire, même si cet effet n'a été ni voulu ni prévu. L'objectif arrêté de la législation sur les droits de la personne (qui, dans le cas de la Loi canadienne, est d'empêcher les «actes discriminatoires») n'était pas entièrement réalisé.

Le premier énoncé judiciaire complet de l'attitude à adopter au sujet de l'interprétation de la législation sur les droits de la personne se retrouve dans l'arrêt *Insurance Corporation of British*

[1982] 2 S.C.R. 145, at p. 158, where Lamer J. emphasized that a human rights code “is not to be treated as another ordinary law of general application. It should be recognized for what it is, a fundamental law”. This principle of interpretation was further articulated by McIntyre J., for a unanimous Court, in *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150, at p. 156:

Human rights legislation is of a special nature and declares public policy regarding matters of general concern. It is not constitutional in nature in the sense that it may not be altered, amended, or repealed by the Legislature. It is, however, of such nature that it may not be altered, amended, or repealed, nor may exceptions be created to its provisions, save by clear legislative pronouncement.

The emphasis upon the “special nature” of human rights enactments was a strong indication of the Court’s general attitude to the interpretation of such legislation.

In *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, the Court set out explicitly the governing principles in the interpretation of human rights statutes. Again writing for a unanimous Court, McIntyre J. held, at pp. 546-47:

It is not, in my view, a sound approach to say that according to established rules of construction no broader meaning can be given to the Code than the narrowest interpretation of the words employed. The accepted rules of construction are flexible enough to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment . . . , and give it an interpretation which will advance its broad purposes. Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary—and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect. The Code aims at the removal of discrimination.

There can be no doubt that Canadian human rights legislation is now typically drafted to avoid reference to intention. As noted previously, the

Columbia c. Heerspink, [1982] 2 R.C.S. 145, à la p. 158, où le juge Lamer souligne qu’un code des droits de la personne ne doit pas être considéré «comme n’importe quelle autre loi d’application générale, il faut le reconnaître pour ce qu’il est, c’est-à-dire une loi fondamentale.» Ce principe d’interprétation a été précisé davantage par le juge McIntyre, au nom d’une Cour unanime, dans l’arrêt *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, à la p. 156:

Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d’intérêt général. Elle n’est pas de nature constitutionnelle, en ce sens qu’elle ne peut pas être modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d’une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l’abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions.

L’accent mis sur la «nature spéciale» des textes législatifs portant sur les droits de la personne constituait une forte indication de l’attitude générale que prendrait la Cour au sujet de l’interprétation de tels textes.

Dans l’arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, la Cour énonce explicitement les principes applicables à l’interprétation des lois sur les droits de la personne. S’exprimant encore une fois au nom de la Cour à l’unanimité, le juge McIntyre conclut, aux pp. 546 et 547:

Ce n’est pas, à mon avis, une bonne solution que d’affirmer que, selon les règles d’interprétation bien établies, on ne peut prêter au Code un sens plus large que le sens le plus étroit que peuvent avoir les termes qui y sont employés. Les règles d’interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l’objet spéciaux de ce texte législatif [. . .] et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est d’une nature spéciale. Elle n’est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d’une nature qui sort de l’ordinaire. Il appartient aux tribunaux d’en rechercher l’objet et de le mettre en application. Le Code vise la suppression de la discrimination.

Il ne peut y avoir de doute que la législation canadienne sur les droits de la personne est normalement rédigée aujourd’hui de façon à éviter toute

Canadian Human Rights Act is addressed to “discriminatory practices”. The *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1980, c. 340, seeks to uphold the “equal dignity” of all men and women by preventing discrimination. In *Simpsons-Sears*, at p. 547, this Court spoke clearly as to the purpose of the Ontario Code, holding that the reach was wider than intentional discrimination:

It is the result or the effect of the action complained of which is significant. If it does, in fact, cause discrimination; if its effect is to impose on one person or group of persons obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the community, it is discriminatory.

The emphasis upon discriminatory effects was also held by this Court to be central to the purposes of the *Canadian Human Rights Act*: *Bhinder*, at p. 586, *per* McIntyre J. (with whom all other members of the Court concurred on this point).

A necessary implication of the focus upon discriminatory effects was recognized by the Court in *Simpsons-Sears*. At page 551, McIntyre J. held that, in determining whether an individual or entity had practised discrimination under the relevant legislation, it was appropriate for the Court to consider “adverse effect discrimination”, which may be described as the imposition of obligations, penalties or restrictive conditions that result from a policy or practice which is on its face neutral but which has a disproportionately negative effect on an individual or group because of a special characteristic of that individual or group.

The rejection of a necessity to prove intent and the unequivocal adoption of the idea of “adverse effect discrimination” by the courts is the result of a commitment to the purposive interpretation of human rights legislation. An instructive example of the contemporary trend is found in the judgment of the Court of Appeal of Saskatchewan in *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan*

référence à l'intention. Comme on l'a déjà constaté, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* vise certains «actes discriminatoires». Le *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, chap. 340, veut promouvoir «l'égalité» de l'ensemble des hommes et des femmes par la prévention de la discrimination. Dans l'arrêt *Simpsons-Sears*, à la p. 547, cette Cour s'est exprimée clairement sur l'objet du Code ontarien, jugeant que sa portée va plus loin que la discrimination volontaire:

C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe. Si elle crée effectivement de la discrimination, si elle a pour effet d'imposer à une personne ou à un groupe de personnes des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la société, elle est discriminatoire.

La Cour a également jugé que l'accent mis sur les effets discriminatoires est primordial pour les fins de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*: arrêt *Bhinder*, à la p. 586, le juge McIntyre (à l'avis duquel souscrivent, sur ce point, tous les autres membres de la Cour).

Dans l'arrêt *Simpsons-Sears*, la Cour a reconnu l'existence d'une conséquence nécessaire de l'accent mis sur les effets discriminatoires. À la page 551, le juge McIntyre conclut que pour déterminer si une personne morale ou physique s'est livrée à de la discrimination au sens de la loi pertinente, il convenait que la Cour examine la question de la «discrimination par suite d'un effet préjudiciable», qu'on peut définir comme l'imposition d'obligations, de peines ou de conditions restrictives résultant d'une politique ou d'une pratique qui est neutre à première vue, mais qui a un effet négatif disproportionné sur un individu ou un groupe d'individus en raison d'une caractéristique spéciale de cet individu ou de ce groupe d'individus.

Le rejet de la nécessité de prouver l'intention et l'adoption non équivoque de l'idée de «discrimination par suite d'un effet préjudiciable» par les tribunaux résultent de l'adoption de l'interprétation fondée sur l'objet de la législation sur les droits de la personne. On trouve un exemple instructif de la tendance contemporaine dans l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan *Canadian*

Human Rights Commission, [1985] 3 W.W.R. 717, where Vancise J.A. wrote at p. 735:

Generally human rights legislation has been given a broad interpretation to ensure that the stated objects and purposes are fulfilled. A narrow restrictive interpretation which would defeat the purpose of the legislation, that is, the elimination of discrimination, should be avoided.

As discussed above, the Supreme Court in the *Simpsons-Sears* and *Bhinder* decisions has already recognized that Canadian human rights legislation is directed not only at intentional discrimination, but at unintentional discrimination as well. In particular, the prohibition of discrimination in the *Canadian Human Rights Act* has been held to reach situations of "adverse effect discrimination": *Bhinder*. But unintentional discrimination may occur in another form, with potentially greater consequences in terms of the number of people who are disadvantaged. Section 15(1) of the Act and, by extension s. 41(2)(a), was designed to meet this second problem of "systemic discrimination".

IV

Systemic Discrimination and the Special Temporary Measures Order

A thorough study of "systemic discrimination" in Canada is to be found in the Abella Report on equality in employment. The terms of reference of the Royal Commission instructed it "to inquire into the most efficient, effective and equitable means of promoting employment opportunities, eliminating systemic discrimination and assisting individuals to compete for employment opportunities on an equal basis." (Order in Council P.C. 1983-1924 of 24 June 1983). Although Judge Abella chose not to offer a precise definition of systemic discrimination, the essentials may be gleaned from the following comments, found at p. 2 of the Abella Report:

Discrimination . . . means practices or attitudes that have, whether by design or impact, the effect of limiting an individual's or a group's right to the opportunities generally available because of attributed rather than actual characteristics . . .

Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission, [1985] 3 W.W.R. 717, où le juge Vancise écrit, à la p. 735:

[TRADUCTION] En général, la législation sur les droits de la personne a reçu une interprétation large afin d'assurer que ses objectifs déclarés soient atteints. Une interprétation restrictive contraire à l'objet de la législation, qui est d'éliminer la discrimination, devrait être évitée.

Comme nous l'avons vu, la Cour suprême, dans les arrêts *Simpsons-Sears* et *Bhinder*, a déjà reconnu que la législation canadienne sur les droits de la personne vise non seulement la discrimination volontaire mais aussi la discrimination involontaire. En particulier, il a été jugé que la prohibition de la discrimination par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* vise aussi les cas de «discrimination par suite d'un effet préjudiciable»: arrêt *Bhinder*. Mais la discrimination involontaire peut prendre une autre forme et avoir des conséquences potentiellement plus graves sur le plan du nombre d'individus désavantagés. Le paragraphe 15(1) de la Loi et, par extension l'al. 41(2)a, ont été conçus pour répondre à ce second problème de «discrimination systémique».

IV

La discrimination systémique et l'ordonnance de mesures spéciales temporaires

On trouve une étude exhaustive de la «discrimination systémique» au Canada dans le rapport Abella sur l'égalité en matière d'emploi. La Commission royale avait pour mandat «d'enquêter sur les moyens les plus efficaces et équitables de promouvoir les chances d'emploi, d'éliminer la discrimination systémique et d'assurer à tous les mêmes possibilités de prétendre à un emploi . . . » (Décret C.P. 1983-1924 du 24 juin 1983.) Quoique le juge Abella ait choisi de ne pas donner une définition précise de la discrimination systémique, on peut en glaner l'essentiel dans les commentaires suivants, que l'on trouve à la p. 2 de son rapport:

. . . la discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort . . .

It is not a question of whether this discrimination is motivated by an intentional desire to obstruct someone's potential, or whether it is the accidental by-product of innocently motivated practices or systems. If the barrier is affecting certain groups in a disproportionately negative way, it is a signal that the practices that lead to this adverse impact may be discriminatory.

This is why it is important to look at the results of a system

In other words, systemic discrimination in an employment context is discrimination that results from the simple operation of established procedures of recruitment, hiring and promotion, none of which is necessarily designed to promote discrimination. The discrimination is then reinforced by the very exclusion of the disadvantaged group because the exclusion fosters the belief, both within and outside the group, that the exclusion is the result of "natural" forces, for example, that women "just can't do the job" (see the Abella Report, pp. 9-10). To combat systemic discrimination, it is essential to create a climate in which both negative practices and negative attitudes can be challenged and discouraged. The Tribunal sought to accomplish this objective through its "Special Temporary Measures" Order. Did it have the authority to do so?

Section 41(2) of the *Canadian Human Rights Act* lists the orders that a Tribunal may make if it determines that a person has engaged in a discriminatory practice. Among the potential orders is an order for "measures" to be taken under s. 41(2)(a) "including adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 15(1), to prevent the same or a similar practice occurring in the future." The "program, plan or arrangement" referred to in s. 15(1) is any mechanism "designed to prevent disadvantages that are likely to be suffered by, or to eliminate or reduce disadvantages that are suffered by, any group of individuals when those disadvantages would be or are based on or related to" *inter alia*, sex.

Because of his stated emphasis upon the "ordinary grammatical construction" of s. 41(2)(a),

La question n'est pas de savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c'est-à-dire découlant du système lui-même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires. Voilà pourquoi il est important d'analyser les conséquences des pratiques et des systèmes d'emploi.

En d'autres termes, la discrimination systémique en matière d'emploi, c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces «naturelles», par exemple que les femmes «ne peuvent tout simplement pas faire le travail» (voir le rapport Abella, aux pp. 9 et 10). Pour combattre la discrimination systémique, il est essentiel de créer un climat dans lequel tant les pratiques que les attitudes négatives peuvent être contestées et découragées. Le tribunal a tenté d'atteindre cet objectif par son ordonnance de «mesures spéciales temporaires». Avait-il le pouvoir de le faire?

Le paragraphe 41(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* énumère les ordonnances qu'un tribunal peut rendre quand il constate qu'il y a eu acte discriminatoire. Parmi les ordonnances possibles, il y a l'ordonnance de «mesures» à prendre en vertu de l'al. 41(2)a), pour «prévenir les actes semblables,» y compris «l'adoption d'une proposition relative à des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux visés au paragraphe 15(1)». Les «programmes, plans ou arrangements» dont il est question au par. 15(1), ce sont tous les mécanismes «destinés à supprimer, diminuer ou prévenir les désavantages que subit ou peut vraisemblablement subir un groupe d'individus pour des motifs fondés directement ou indirectement sur» le sexe notamment.

En raison de son insistance expresse sur «l'interprétation grammaticale ordinaire» de l'al. 41(2)a),

Hugessen J., for the majority in the Federal Court of Appeal, offered this reading of the paragraph (at p. 102):

Reduced to its essentials, this text permits the Tribunal to order the taking of measures aimed at preventing the future occurrence of a discriminatory practice on the part of a person found to have engaged in such a practice in the past.

He stressed that “[t]he sole permissible purpose for the order is prevention” and that the text “does not allow restitution for past wrongs.” Therefore, the “program, plan or arrangement” authorized by reference to s. 15(1) would necessarily be limited by the language of s. 41(2)(a) to a mechanism designed “to prevent the same or a similar practice occurring in the future”. Hugessen J. recognized the special difficulties involved in dealing with systemic discrimination (at p. 105):

... I recognize that by its very nature systemic discrimination may require creative and imaginative preventive measures. Such discrimination has its roots, not in any deliberate desire to exclude from favour, but in attitudes, prejudices, mind sets and habits which may have been acquired over generations. It may well be that hiring quotas are a proper way to achieve the desired result.

Hugessen J. simply did not believe, without some precise factual showing, that specific hiring goals could be related to prevention, and thereby fall within s. 41(2)(a). The Special Temporary Measures ordered by the Tribunal were struck down because the employment objectives imposed in the Order were expressed in terms which, in Justice Hugessen’s view, indicated that the objective was remedial and not preventive.

To evaluate this argument it is important to remember exactly what was ordered by the Human Rights Tribunal. The impugned section of the Order was headed “Special Temporary Measures” and the heart of the employment equity program was contained in paragraph 2:

... Canadian National is ordered to hire at least one woman for every four non-traditional positions filled in the future ... When it is in effect, daily adherence to the one-in-four ratio will not be required in order to give the employer more choice in the selection of candidates.

le juge Hugessen, au nom de la majorité de la Cour d’appel fédérale, propose cette interprétation de l’alinéa (à la p. 102):

En substance, ce texte permet au tribunal d’ordonner à la personne qu’il a trouvée coupable d’un acte discriminatoire de prendre des mesures destinées à prévenir la répétition de cet acte.

Il souligne que «[l]e seul objectif permis que peut viser l’ordonnance est la prévention» et que le texte «ne permet pas de réparer les préjudices déjà causés.» Par conséquent, les «programmes [...] plans [...] ou [...] arrangements» visés au par. 15(1) qui peuvent être adoptés seraient nécessairement limités, par le texte de l’al. 41(2)a), à un mécanisme conçu pour «prévenir les actes semblables». Le juge Hugessen reconnaît que la discrimination systémique soulève des difficultés particulières (à la p. 105):

... je reconnais que, de par sa nature même, la discrimination systémique peut nécessiter l’adoption de mesures préventives innovatrices et imaginatives. De tels actes discriminatoires prennent leur source, non dans une volonté délibérée de défavoriser, mais dans les attitudes, préjugés, manières de penser, et habitudes qui ont pu s’installer au cours de plusieurs générations. Il se peut bien que les quotas d’embauchage soient une bonne façon de parvenir au résultat désiré.

Le juge Hugessen n’a tout simplement pas cru, en l’absence de faits précis, que des objectifs d’embauche spécifiques pouvaient être liés à la prévention et ainsi relever de l’al. 41(2)a). Les mesures spéciales temporaires ordonnées par le tribunal ont été annulées parce que les objectifs d’emploi y sont exprimés en des termes qui, aux yeux du juge Hugessen, indiquent qu’ils ont pour but de réparer et non de prévenir.

Pour évaluer cet argument, il importe de se souvenir exactement de la teneur de l’ordonnance du tribunal des droits de la personne. La section contestée de l’ordonnance est intitulée «Mesures spéciales temporaires» et le principe du programme d’équité en matière d’emploi est énoncé au deuxième paragraphe:

... il est ordonné au Canadien National d’embaucher au moins une femme sur quatre postes non traditionnels à être comblés à l’avenir [...] Une fois en vigueur, la proportion d’un sur quatre n’aura pas à être respectée quotidiennement, ce afin de permettre à l’employeur un

However, it must be complied with over each quarterly period until the desired objective of having 13% of non-traditional positions filled by women is achieved.

It should be underscored once again that the objective of 13 per cent female participation was not arbitrary, for it corresponded to the national average of women involved in the non-traditional occupations.

In his dissenting opinion in the Federal Court of Appeal, MacGuigan J. accepted, as I do, that s. 41(2)(a) was designed to allow human rights tribunals to prevent future discrimination against identifiable protected groups, but he held that "prevention" is a broad term and that it is often necessary to refer to historical patterns of discrimination in order to design appropriate strategies for the future. He noted the deep roots of discrimination against women at CN. It is an uncontradicted fact that the hiring and promotion policies of CN and the enormous problems faced by the tiny minority of women in the blue-collar work force amounted to a systematic denial of women's equal employment opportunities.

Justice MacGuigan's point is made abundantly clear when one considers the context in which the challenged order was issued. It bears repeating that the Tribunal had found that at the end of 1981 only 0.7 per cent of blue-collar jobs in the St. Lawrence Region of Canadian National were held by women. The Tribunal found furthermore that the small number of women in non-traditional jobs tended to perpetuate exclusion and, in effect, to cause additional discrimination. Moreover, Canadian National knew that its policies and practices, although perhaps not discriminatory in intent, were discriminatory in effect, yet had done nothing substantial to rectify the situation. When confronted with such a case of "systemic discrimination", it may be that the type of order issued by the Tribunal is the only means by which the purpose of the *Canadian Human Rights Act* can be met. In any program of employment equity,

meilleur choix dans la sélection des candidats. Elle devra cependant être respectée dans l'ensemble de chaque période trimestrielle, jusqu'à ce que l'objectif désiré de 13 % de femmes dans les postes non traditionnels soit atteint.

Il est bon de rappeler une fois encore que cet objectif de 13 pour 100 de participation féminine n'était pas arbitraire; il correspondait à la moyenne nationale des femmes occupant des emplois non traditionnels.

Dans son opinion dissidente en Cour d'appel fédérale, le juge MacGuigan a reconnu, tout comme je le fais, que l'al. 41(2)a) a été conçu pour permettre aux tribunaux des droits de la personne d'empêcher que des groupes protégés identifiables ne soient à l'avenir victimes de discrimination, mais il a jugé que le terme «prévention» est fort général et qu'il est souvent nécessaire de se référer à des régimes historiques de discrimination pour concevoir les stratégies appropriées à l'avenir. Il a constaté que la discrimination dont étaient victimes les femmes au CN avait des racines profondes. C'est un fait incontesté que les politiques d'embauche et de promotion du CN et les problèmes considérables auxquels doit faire face la faible minorité de femmes cols bleus reviennent à dénier systématiquement aux femmes l'égalité des chances en matière d'emploi.

Cette remarque du juge MacGuigan devient on ne peut plus claire lorsqu'on considère le contexte dans lequel l'ordonnance contestée a été rendue. Il vaut la peine de répéter que le tribunal avait constaté qu'à la fin de 1981 seulement 0,7 pour 100 des emplois manuels dans la région du St-Laurent du Canadien National étaient occupés par des femmes. Le tribunal a aussi constaté que le petit nombre de femmes occupant des emplois non traditionnels avait tendance à perpétuer leur exclusion et, en fait, à constituer une cause supplémentaire de discrimination. De plus, le Canadien National savait que ses politiques et pratiques, même si elles n'étaient peut-être pas volontairement discriminatoires, étaient effectivement discriminatoires, et pourtant il n'avait rien fait d'important pour remédier à la situation. Lorsqu'on a affaire à un tel cas de «discrimination systémique», il se peut qu'une ordonnance comme celle rendue

there simply cannot be a radical dissociation of "remedy" and "prevention". Indeed there is no prevention without some form of remedy. The point was explained clearly by Professors Greschner and Norman in their Case Comment on the majority judgment of the Federal Court of Appeal in this case, found at (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 805, at p. 812. They emphasize that an employment equity program

... tries to break the causal links between past inequalities suffered by a group and future perpetuation of the inequalities. It simultaneously looks to the past and to the future, with no gap between cure and prevention. Any such program will remedy past acts of discrimination against the group and prevent future acts at one and the same time. That is the very point of affirmative action.

This point demands repetition When a program is said to be aimed at remedying past acts of discrimination, such as by bringing women into blue-collar occupations, it necessarily is preventing future acts of discrimination because the presence of women will help break down generally the notion that such work is man's work and more specifically, will help change the practices within that workplace which resulted in the past discrimination against women. From the other perspective, when a program is said to be aimed at preventing future acts of discrimination (again by bringing women into blue-collar occupations), it necessarily is also remedying past acts of discrimination because women as a group suffered from the discrimination and are now benefitting from the program.

Unlike the remedies in s. 41(2)(b)-(d), the "remedy" under s. 41(2)(a) is directed towards a group and is therefore not merely compensatory but is itself prospective. The benefit is always designed to improve the situation for the group in the future, so that a successful employment equity program will render itself otiose.

To see more clearly why the Special Temporary Measures Order is prospective, it would be helpful

par le tribunal soit le seul moyen de réaliser l'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Dans tout programme d'équité en matière d'emploi, on ne peut tout simplement pas dissocier radicalement la «réparation» et la «prévention». En fait, il ne peut y avoir de prévention sans une forme quelconque de réparation. Les professeurs Greschner et Norman ont expliqué cela clairement dans leur commentaire de l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel fédérale en l'espèce, qu'on trouve à (1985), 63 *R. du B. can.* 805, à la p. 812. Ils soulignent qu'un programme d'équité en matière d'emploi

[TRADUCTION] . . . tente de rompre les liens de causalité entre les inégalités antérieures, subies par un groupe, et leur perpétuation dans l'avenir. Il regarde simultanément vers le passé et vers le futur, sans qu'aucun fossé n'existe entre réparation et prévention. Tout programme de ce genre remédiera aux actes de discrimination antérieurs dont le groupe a été victime et empêchera en même temps que de tels actes soient accomplis à l'avenir. C'est le principe même de l'action positive.

Cela mérite d'être répété [. . .] Lorsqu'on dit qu'un programme vise à remédier à des actes discriminatoires antérieurs, en amenant des femmes à occuper des emplois manuels, il empêche forcément les actes de discrimination futurs du fait que la présence de femmes facilitera en général la disparition de la notion que ce genre de travail est un travail d'homme et, plus précisément, favorisera la disparition des pratiques qui, sur ces lieux du travail, occasionnaient par le passé la discrimination envers les femmes. Dans une autre perspective, lorsqu'on dit qu'un programme vise à empêcher les actes de discrimination futurs (en favorisant encore une fois l'accès des femmes à des postes manuels), il remédie par le fait même aussi aux actes de discrimination antérieurs parce que les femmes en tant que groupe ont été victimes de discrimination alors qu'elles profitent maintenant du programme.

Contrairement aux formes de réparation prévues aux al. b) à d) du par. 41(2), la «réparation» de l'al. 41(2)a) vise un groupe et est donc non seulement compensatoire, mais est elle-même prospective. L'avantage est toujours conçu pour améliorer la situation du groupe à l'avenir, de sorte que le programme d'équité en matière d'emploi qui réussit se rend lui-même inutile.

Pour mieux voir pourquoi l'ordonnance de mesures spéciales temporaires est prospective, il serait

to review briefly the theoretical underpinnings of employment equity programs. I have already stressed that systemic discrimination is often unintentional. It results from the application of established practices and policies that, in effect, have a negative impact upon the hiring and advancement prospects of a particular group. It is compounded by the attitudes of managers and co-workers who accept stereotyped visions of the skills and "proper role" of the affected group, visions which lead to the firmly held conviction that members of that group are incapable of doing a particular job, even when that conclusion is objectively false. An employment equity program, such as the one ordered by the Tribunal in the present case, is designed to break a continuing cycle of systemic discrimination. The goal is not to compensate past victims or even to provide new opportunities for specific individuals who have been unfairly refused jobs or promotion in the past, although some such individuals may be beneficiaries of an employment equity scheme. Rather, an employment equity program is an attempt to ensure that future applicants and workers from the affected group will not face the same insidious barriers that blocked their forebears.

An employment equity program thus is designed to work in three ways. First, by countering the cumulative effects of systemic discrimination, such a program renders further discrimination pointless. To the extent that some intentional discrimination may be present, for example in the case of a foreman who controls hiring and who simply does not want women in the unit, a mandatory employment equity scheme places women in the unit despite the discriminatory intent of the foreman. His battle is lost.

Secondly, by placing members of the group that had previously been excluded into the heart of the work place and by allowing them to prove ability on the job, the employment equity scheme addresses the attitudinal problem of stereotyping. For example, if women are seen to be doing the job

utile d'étudier brièvement les fondements théoriques des programmes d'équité en matière d'emploi. J'ai déjà souligné que la discrimination systémique est souvent involontaire. Elle résulte de pratiques et de politiques établies qui, en fait, ont une incidence négative sur les perspectives d'embauche et d'avancement d'un groupe particulier. À cela s'ajoutent les attitudes des administrateurs et des collègues de travail qui acceptent une vision stéréotypée des compétences et du «rôle approprié» du groupe touché, laquelle vision conduit à la conviction ferme que les membres de ce groupe sont incapables de faire un certain travail, même si cette conclusion est objectivement fausse. Un programme d'équité en matière d'emploi, comme celui ordonné par le tribunal en l'espèce, est conçu pour rompre le cercle vicieux de la discrimination systémique. L'objectif n'est pas d'indemniser les victimes du passé ni même d'ouvrir de nouveaux horizons à des individus particuliers qui, par le passé, se sont vu refuser inéquitement un emploi ou une promotion, quoique certains de ces individus puissent profiter d'un régime d'équité en matière d'emploi. Plutôt, le programme d'équité en matière d'emploi tente de faire en sorte qu'à l'avenir les postulants et les travailleurs du groupe touché n'aient pas à faire face aux mêmes barrières insidieuses qui ont arrêté leurs prédécesseurs.

Un programme d'équité en matière d'emploi comporte donc trois aspects. En premier lieu, en contrecarrant les effets cumulatifs de la discrimination systémique, un tel programme rend vaine toute discrimination supplémentaire. Dans la mesure où il existe une certaine discrimination volontaire, par exemple dans le cas d'un contremaître qui contrôle l'embauche et qui ne veut tout simplement pas de femmes dans son unité, le régime obligatoire d'équité en matière d'emploi permet d'avoir des femmes dans l'unité malgré les intentions discriminatoires du contremaître qui perd ainsi la bataille.

En second lieu, en plaçant des membres du groupe antérieurement exclu dans le milieu de travail et en leur permettant de prouver leurs capacités, le régime d'équité en matière d'emploi s'attaque au problème des attitudes stéréotypées. Par exemple, si l'on se rend compte que des

of “brakeman” or heavy cleaner or signaller at Canadian National, it is no longer possible to see women as capable of fulfilling only certain traditional occupational roles. It will become more and more difficult to ascribe characteristics to an individual by reference to the stereotypical characteristics ascribed to all women.

Thirdly, an employment equity program helps to create what has been termed a “critical mass” of the previously excluded group in the work place. This “critical mass” has important effects. The presence of a significant number of individuals from the targeted group eliminates the problems of “tokenism”; it is no longer the case that one or two women, for example, will be seen to “represent” all women. See Carol Agocs, “Affirmative Action, Canadian Style” (1986), 12 *Canadian Public Policy—Analyse de politiques* 148, at p. 149. Moreover, women will not be so easily placed on the periphery of management concern. The “critical mass” also effectively remedies systemic inequities in the process of hiring:

There is evidence that when sufficient minorities/women are employed in a given establishment, the informal processes of economic life, for example, the tendency to refer friends and relatives for employment, will help to produce a significant minority [or female] applicant flow.

(Alfred W. Blumrosen, “Quotas, Common Sense and Law in Labour Relations: Three Dimensions of Equal Opportunity”, in Walter S. Tarnopolsky, ed., *Some Civil Liberties Issues of the Seventies* (1975), Toronto: Osgoode Hall Law School/York University, 5, at p. 15).

If increasing numbers of women apply for non-traditional jobs, the desire to work in blue-collar occupations will be less stigmatized. Personnel offices will be forced to treat women’s applications for non-traditional jobs more seriously. In other words, once a “critical mass” of the previously excluded group has been created in the work force, there is a significant chance for the continuing self-correction of the system.

femmes sont «serre-freins» ou préposées aux gros travaux de nettoyage ou à la signalisation au Canadien National, il ne sera plus possible de considérer les femmes comme n’étant capables que d’occuper certains postes traditionnels. Il deviendra de plus en plus difficile d’attribuer à une seule personne les caractéristiques stéréotypées dont on affuble toutes les femmes.

En troisième lieu, un programme d’équité en matière d’emploi facilite la création de ce qu’on a appelé une «masse critique» du groupe antérieurement exclu de ce milieu de travail. Cette «masse critique» a des effets importants. La présence d’un nombre important de membres du groupe visé élimine les problèmes de «symbolisme»; on ne peut plus, par exemple, considérer qu’une ou deux femmes «représentent» toutes les femmes. Voir Carol Agocs, «Affirmative Action, Canadian Style» (1986), 12 *Canadian Public Policy—Analyse de politiques* 148, à la p. 149. En outre, il ne sera pas aussi facile pour la direction de reléguer la question des femmes au second rang de ses soucis. La «masse critique» remédie efficacement aussi aux inéquités systémiques dans l’embauche:

[TRADUCTION] Il y a des preuves que lorsqu’un nombre suffisant d’individus minoritaires ou de femmes sont employés dans un établissement donné, le processus informel de la vie économique, par exemple la tendance à recommander des amis ou des parents comme candidat à l’emploi, facilite la production d’un flot important de candidats [féminins ou] minoritaires.

(Alfred W. Blumrosen, «Quotas, Common Sense and Law in Labour Relations: Three Dimensions of Equal Opportunity», dans Walter S. Tarnopolsky (éd.), *Some Civil Liberties Issues of the Seventies* (1975), Toronto: Osgoode Hall Law School/York University, 5, à la p. 15.)

Si un nombre croissant de femmes postulent des emplois non traditionnels, le goût d’occuper des emplois manuels paraîtra moins infamant. Les bureaux de personnel seront forcés de considérer plus sérieusement les candidatures des femmes pour des emplois non traditionnels. En d’autres termes, une fois qu’une «masse critique» du groupe antérieurement exclu aura été créée au sein de la main-d’œuvre, il y aura de bonnes chances pour que le système continue à se corriger lui-même.

When the theoretical roots of employment equity programs are exposed, it is readily apparent that, in attempting to combat systemic discrimination, it is essential to look to the past patterns of discrimination and to destroy those patterns in order to prevent the same type of discrimination in the future. It is for this reason that the language of the Tribunal's Order for Special Temporary Measures may appear "remedial". In any case, as was stressed by MacGuigan J. in his dissent, the important question is not whether the Tribunal's order tracked the precise wording of s. 41(2)(a), but whether the actual measures ordered could be construed fairly to fall within the scope of the section. One should look to the substance of the order and not merely to its wording.

For the sake of convenience, I will summarize my conclusions as to the validity of the employment equity program ordered by the Tribunal. To render future discrimination pointless, to destroy discriminatory stereotyping and to create the required "critical mass" of target group participation in the work force, it is essential to combat the effects of past systemic discrimination. In so doing, possibilities are created for the continuing amelioration of employment opportunities for the previously excluded group. The dominant purpose of employment equity programs is always to improve the situation of the target group in the future. MacGuigan J. stressed in his dissent that "the prevention of systemic discrimination will reasonably be thought to require systemic remedies" (p. 120). Systemic remedies must be built upon the experience of the past so as to prevent discrimination in the future. Specific hiring goals, as Hugessen J. recognized, are a rational attempt to impose a systemic remedy on a systemic problem. The Special Temporary Measures Order of the Tribunal thus meets the requirements of s. 41(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act*. It is a "special program, plan or arrangement" within the meaning of s. 15(1) and therefore can be ordered under s. 41(2)(a). The employment equity order is rationally designed to combat systemic discrimination in the Canadian National St. Law-

Lorsque les fondements théoriques des programmes d'équité en matière d'emploi sont énoncés, il appert rapidement que, lorsqu'on tente de combattre la discrimination systémique, il est essentiel de s'attaquer aux anciens régimes discriminatoires et de les détruire afin d'empêcher à l'avenir la résurgence de cette même discrimination. C'est pour cette raison que, dans sa formulation, l'ordonnance de mesures spéciales temporaires par le tribunal peut paraître «réparatrice». Quoi qu'il en soit, comme l'a souligné le juge MacGuigan dans ses motifs de dissidence, la question qui importe est de savoir non pas si l'ordonnance du tribunal suit le texte même de l'al. 41(2)a), mais plutôt si les mesures qu'on ordonne réellement de prendre peuvent, selon une interprétation honnête, tomber sous le coup de cette disposition. Ce qu'il faut examiner c'est le contenu de l'ordonnance et non simplement sa formulation.

Pour des motifs de commodité, je vais résumer mes conclusions sur la validité du programme d'équité en matière d'emploi ordonné par le tribunal. Pour rendre vaine toute discrimination future, détruire les stéréotypes discriminatoires et créer la «masse critique» requise d'intégration du groupe visé à la main-d'œuvre, il est essentiel de combattre les effets de la discrimination systémique antérieure. Ce faisant, on crée des possibilités d'amélioration permanente des chances d'emploi pour le groupe autrefois exclu. L'objet dominant est des programmes d'équité en matière d'emploi est toujours d'améliorer la situation future du groupe visé. Le juge MacGuigan souligne, dans ses motifs de dissidence, qu'«on peut raisonnablement s'attendre à ce que la prévention de la discrimination systémique exige des sanctions à caractère systémique» (p. 120). Les sanctions systémiques doivent être fondées sur l'expérience du passé, afin d'empêcher la discrimination future. Des objectifs d'embauche précis, comme l'a reconnu le juge Hugessen, constituent une tentative rationnelle d'imposer un correctif systémique à un problème systémique. L'ordonnance de mesures spéciales temporaires du tribunal est donc conforme à l'al. 41(2)a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Elle constitue un «programme, plan ou arrangement spécial» au sens du par. 15(1), qui peut donc être ordonné en vertu de l'al. 41(2)a). L'ordonnance

rence Region by preventing "the same or a similar practice occurring in the future".

A secondary problem must now be addressed, the fact that the Order of the Tribunal was expressed in terms of an employment goal, rather than a hiring goal. This methodology might increase the belief that the Order was remedial and not, properly speaking, preventive. The Tribunal held, however, that the systemic discrimination at CN occurred not only in hiring but once women were on the job as well. The evidence revealed that there was a high level of publicly expressed male antipathy towards women which contributed to a high turnover rate amongst women in blue-collar jobs. As well, many male workers and supervisors saw any female worker in a non-traditional job as an upsetting phenomenon and as a "job thief". To the extent that promotion was dependent upon the evaluations of male supervisors, women were at a significant disadvantage. Moreover, because women generally had a low level of seniority, they were more likely to be laid off. For the employment equity program to be effective in creating the "critical mass" and in destroying stereotypes, the goals had to be expressed in terms of actual employment. Otherwise the reasonable objectives of the scheme would have been defeated. The dominant purpose remained to improve the employment situation for women at CN in the future.

V

The Cross-Appeal

Canadian National filed a cross-appeal by which it sought to set aside the entire decision and Order of the Tribunal for the reasons set out in the judgment of Pratte J. in the Federal Court of Appeal. In view of my disposition of the appeal, it is obviously unnecessary to discuss the merits of the cross-appeal.

d'équité en matière d'emploi est logiquement conçue pour combattre la discrimination systémique dans la région du St-Laurent du Canadien National par la prévention d'«actes semblables».

a

Il faut maintenant s'attaquer à un problème secondaire, savoir le fait que l'ordonnance du tribunal est exprimée en termes d'objectifs d'emploi plutôt que d'objectifs d'embauche. Cette méthodologie est susceptible d'apporter de l'eau au moulin de ceux qui croient que l'ordonnance est réparatrice et non, à proprement parler, préventive. Le tribunal a toutefois jugé qu'il y avait discrimination systémique au CN non seulement au moment de l'embauche, mais aussi en milieu de travail. La preuve a révélé une large mesure d'antipathie masculine exprimée publiquement à l'égard des femmes, ce qui a contribué à un taux élevé de roulement du personnel féminin dans les emplois manuels. De même, un bon nombre de travailleurs et de surveillants masculins considèrent qu'une femme dans un emploi non traditionnel est un phénomène dangereux et une «voleuse de job». Dans la mesure où les promotions dépendaient des évaluations de surveillants masculins, les femmes étaient en désavantage marqué. De plus, étant donné que les femmes en général avaient peu d'ancienneté, elles risquaient davantage d'être mises à pied. Pour que le programme d'équité en matière d'emploi parvienne à créer une «masse critique» et à détruire les stéréotypes, les objectifs devaient être exprimés en termes d'emplois véritables. Autrement, les objectifs raisonnables du régime auraient été contrecarrés. L'objectif dominant était toujours d'améliorer la situation future des femmes en matière d'emploi au CN.

h

V

Le pourvoi incident

Le Canadien National a formé un pourvoi incident en vue d'obtenir l'annulation de toute la décision et ordonnance du tribunal pour les raisons énoncées dans les motifs du juge Pratte de la Cour d'appel fédérale. Vu la solution que j'apporte au litige, il n'est manifestement pas nécessaire de se prononcer sur le fond du pourvoi incident.

VI

Conclusion

I would allow the appeal with costs, reverse the decision of the Federal Court of Appeal and restore in its entirety the Order of the Human Rights Tribunal. The cross-appeal is therefore dismissed with costs.

Appeal allowed with costs and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for Action Travail des Femmes: Rivest, Castiglio, Castiglio, LeBel & Schmidt, Montréal.

Solicitors for the Canadian National Railway Co.: Alphonse Giard and Rolland Boudreau, Montréal.

Solicitors for the Canadian Human Rights Commission: René Duval and Anne Trotier, Ottawa.

VI

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir en son entier l'ordonnance du tribunal des droits de la personne. Le pourvoi incident est donc rejeté avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens et pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs d'Action Travail des Femmes: Rivest, Castiglio, Castiglio, LeBel & Schmidt, Montréal.

Procureurs de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada: Alphonse Giard et Rolland Boudreau, Montréal.

Procureurs de la Commission canadienne des droits de la personne: René Duval et Anne Trotier, Ottawa.

IN THE MATTER OF A REFERENCE to the Court of Appeal pursuant to Section 19 of the *Courts of Justice Act, 1984*, Statutes of Ontario, 1984, Chapter 11, by Order-in-Council O.C. 1774/85 Respecting Bill 30, An Act to amend the Education Act to provide full funding for Roman Catholic Separate High Schools

between

The Metropolitan Toronto Board of Education, Ontario Alliance of Christian Schools, The Waterloo County Board of Education, Coalition for Public Education Ontario Inc., Ontario Secondary School Teachers' Federation, Ontario Association of Alternative and Independent Schools, The Board of Education for the City of London, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Jewish Congress, Loyal Orange Association in Ontario, Peel Board of Education, Federation of Women Teachers' Associations of Ontario, Reverend William D. F. Morris, Mary Elizabeth Morris, Greg Vezina and Nina Gertrude Stannard *Appellants (Interveners)*

and

Attorney General for Ontario *Respondent*

and

Ontario Separate School Trustees' Association, The Renfrew County Roman Catholic Separate School Board, The Lanark-Leeds & Grenville Roman Catholic Separate School Board, The Huron-Perth County Roman Catholic Separate School Board, The Kirkland Lake & District Roman Catholic Separate School Board, The London and Middlesex County Roman Catholic Separate School Board, The Hamilton-Wentworth Roman Catholic Separate School Board, Metropolitan Separate School Board, Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board, Hastings-Prince Edward County Roman Catholic Separate School Board, Frontenac-Lennox and Addington Roman

DANS L'AFFAIRE D'UN RENVOI soumis à la Cour d'appel conformément à l'article 19 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, chapitre 11, par décret O.C. 1774/85, relativement au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act to provide full funding for Roman Catholic Separate High Schools

a entre

The Metropolitan Toronto Board of Education, Ontario Alliance of Christian Schools, The Waterloo County Board of Education, Coalition for Public Education Ontario Inc., Ontario Secondary School Teachers' Federation, Ontario Association of Alternative and Independent Schools, The Board of Education for the City of London, Association canadienne des libertés civiles, Congrès juif canadien, Loyal Orange Association in Ontario, Peel Board of Education, Federation of Women Teachers' Associations of Ontario, le révérend William D. F. Morris, Mary Elizabeth Morris, Greg Vezina et Nina Gertrude Stannard *Appellants (Intervenants)*

f et

Procureur général de l'Ontario *Intimé*

et

Ontario Separate School Trustees' Association, The Renfrew County Roman Catholic Separate School Board, The Lanark-Leeds & Grenville Roman Catholic Separate School Board, The Huron-Perth County Roman Catholic Separate School Board, The Kirkland Lake & District Roman Catholic Separate School Board, The London and Middlesex County Roman Catholic Separate School Board, The Hamilton-Wentworth Roman Catholic Separate School Board, Metropolitan Separate School Board, Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board, Hastings-Prince Edward County Roman Catholic Separate School Board, Frontenac-Lennox and Addington Roman

Catholic Separate School Board, Carleton Roman Catholic Separate School Board, Ontario English Catholic Teachers' Association and l'Association française des conseils scolaires de l'Ontario *Respondents (Interveniers)*

and

The Quebec Association of Protestant School Boards, Attorney General for Alberta, Attorney General of Quebec *Interveniers in this Court*

INDEXED AS: REFERENCE RE BILL 30, AN ACT TO AMEND THE EDUCATION ACT (ONT.)

File No.: 19798.

1987: January 29, 30 and February 2, 3, 4, 5; 1987: June 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Distribution of powers — Education — Bill 30 providing for full funding of Roman Catholic secondary schools — Whether or not Bill 30 valid exercise of power under opening words of s. 93 and s. 93(3) — Whether or not Bill 30 a valid exercise of provincial power in that it returns rights constitutionally guaranteed by s. 93(1) — Constitution Act, 1867, s. 93, 93(3).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Freedom from religious discrimination — Bill 30 providing for full funding of Roman Catholic secondary schools — Whether or not Bill subject to review under the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 15, 29 — Constitution Act, 1982, s. 52.

This was an appeal from the decision of the Court of Appeal for Ontario on a question referred for its consideration by the Government of Ontario. The question reads as follows:

Is Bill 30, An Act to amend the Education Act inconsistent with the provisions of the Constitution of Canada including the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, in what particular or particulars and in what respect?

Catholic Separate School Board, Carleton Roman Catholic Separate School Board, Ontario English Catholic Teachers' Association et l'Association française des conseils scolaires de l'Ontario *Intimés (Intervenants)*

et

The Quebec Association of Protestant School Boards, Procureur général de l'Alberta, Procureur général du Québec *Intervenants en cette Cour*

RÉPERTORIÉ: RENOI RELATIF AU PROJET DE LOI 30, AN ACT TO AMEND THE EDUCATION ACT (ONT.)

N° du greffe: 19798.

1987: 29, 30 janvier et 2, 3, 4, 5 février; 1987: 25 juin.

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

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

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Éducation — Projet de loi 30 prévoyant le financement complet des écoles catholiques de niveau secondaire — Le projet de loi 30 constitue-t-il un exercice valide du pouvoir conféré par la disposition liminaire de l'art. 93 et par l'art. 93(3)? — Le projet de loi 30 constitue-t-il un exercice valide du pouvoir provincial parce qu'il rétablit des droits constitutionnels garantis par l'art. 93(1)? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93, 93(3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Protection contre la discrimination fondée sur la religion — Projet de loi 30 prévoyant le financement complet des écoles catholiques de niveau secondaire — Le projet de loi est-il assujéti à un contrôle fondé sur la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), 15, 29 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Ce pourvoi attaque l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario sur une question que lui a soumise le gouvernement de l'Ontario. La question est ainsi formulée:

Le projet de loi 30, An Act to amend the Education Act, est-il incompatible avec les dispositions de la Constitution du Canada, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, sous quel aspect et à quel égard?

Ontario's Attorney General was given carriage of the Reference and a number of parties were given leave by the Court of Appeal to intervene. A majority of the Court of Appeal answered the Reference question in the negative.

The Bill's purpose was to implement a policy of full funding for Roman Catholic separate high schools in Ontario. The Bill permitted a separate school board to become a "Roman Catholic school board" on making an election by by-law to perform the duties of a secondary school board and on receiving ministerial approval. It then became entitled to share in the legislative grants for secondary school purposes. Separate school supporters within the jurisdiction of a Roman Catholic school board were exempted from the payment of rates or taxes for secondary school purposes. Every public board of education was required to prepare a list of teaching and non-teaching staff made redundant because of the effects of the proposed legislation and a Roman Catholic school board, during the ten years following its election, was required to fill positions on its teaching staff by offering employment to properly qualified persons on that list. Other provisions concerning the functions of the Planning and Implementation Commission established in the Bill and the transfer of real and personal property between public school boards and Roman Catholic school boards were not central to the constitutional issues in the appeal.

Bill 30 was passed into law after the Court of Appeal's decision. This Court, in response to an application for directions, ruled that since complex and important sections had been added to Bill 30 after the reference to the Court of Appeal, this Court would confine itself to the constitutionality of Bill 30 in the form referred to the Ontario Court of Appeal and would not address the constitutionality of the Act currently in force in Ontario.

The sole issue was whether Bill 30 is consistent with the Constitution of Canada. Three distinct questions were addressed on this appeal. First, is Bill 30 a valid exercise of the provincial power in relation to education under the opening words of s. 93 and s. 93(3) of the *Constitution Act, 1867*? Second, is Bill 30 a valid exercise of provincial power because it returns to Roman Catholic separate school supporters rights which were constitutionally guaranteed to them by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*? The Court was urged to decide this question regardless of its answer to the first question

Le procureur général de l'Ontario a été chargé de procéder au renvoi et plusieurs parties ont reçu de la Cour d'appel l'autorisation d'intervenir. La Cour d'appel à la majorité a répondu par la négative à la question soumise dans le cadre du renvoi.

a Le projet de loi a pour but la mise en œuvre d'une politique de financement complet des écoles séparées catholiques de niveau secondaire en Ontario. Le projet de loi autorise un conseil d'écoles séparées à choisir par règlement administratif, avec l'approbation du ministre, d'accomplir les fonctions d'un conseil d'écoles secondaires et de devenir ainsi un «conseil d'écoles catholiques». Il a dès lors le droit de recevoir une part des subventions générales aux fins des écoles secondaires. Les contribuables des écoles séparées, dans un secteur où un conseil d'écoles catholiques exerce sa compétence, sont exemptés du versement de cotisations ou d'impôts aux fins des écoles secondaires. Chaque conseil public de l'éducation a l'obligation de dresser une liste des enseignants et des autres employés dont les services ne seront plus nécessaires en raison des effets du projet de loi et, au cours des dix ans qui suivent son choix, le conseil d'écoles catholiques doit pourvoir aux postes d'enseignants vacants en offrant des emplois aux personnes sur cette liste qui possèdent les compétences voulues. D'autres dispositions portent sur les fonctions de la Commission de planification et de mise en œuvre établie par le projet de loi et sur le transfert du droit d'usage ou du droit de propriété sur les biens meubles et immeubles entre conseils d'écoles publiques et conseils d'écoles catholiques, ce qui n'est pas au centre des questions constitutionnelles en l'espèce.

Le projet de loi 30 a été adopté après la décision de la Cour d'appel. En réponse à une demande de directives, cette Cour a conclu que, compte tenu de la complexité et de l'importance des dispositions ajoutées au projet de loi 30 postérieurement au renvoi devant la Cour d'appel, elle n'examinerait que la constitutionnalité du projet de loi 30 tel qu'il était lorsqu'il a été soumis à la Cour d'appel de l'Ontario et non pas sur la constitutionnalité de la Loi actuellement en vigueur en Ontario.

Le seul point litigieux est de savoir si le projet de loi 30 est compatible avec la Constitution du Canada. Trois questions distinctes doivent être examinées en l'espèce. i En premier lieu, le projet de loi 30 constitue-t-il un exercice valide du pouvoir provincial sur l'éducation, conféré par la disposition liminaire de l'art. 93 et par le par. 93(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Deuxièmement, le projet de loi 30 constitue-t-il un exercice valide du pouvoir provincial dans la mesure où il rend aux contribuables des écoles séparées catholiques les droits que leur reconnaît le par. 93(1) de la *Loi consti-*

in order to obviate any further controversy concerning the rights and privileges of Roman Catholic separate school supporters in Ontario. The final question was, if an affirmative answer were given to either or both the above questions, whether the *Constitution Act, 1982*, and in particular the *Charter*, is applicable to Bill 30 and, if so, to what extent and with what effect.

Held: The appeal should be dismissed and the reference question should be answered in the negative.

Per Dickson C.J. and McIntyre, Wilson and La Forest JJ.: Bill 30 was a valid exercise of the provincial power to add to the rights and privileges of Roman Catholic separate school supporters under the combined effect of the opening words of s. 93 and s. 93(3) of the *Constitution Act, 1867*. Prior authority supports this interpretation of s. 93(3). The purpose and history of s. 93 also supports it. Protection of minority religious rights was a major preoccupation during the negotiations leading to Confederation. The basic compact of Confederation with respect to education was that rights and privileges already acquired by law at the time of Confederation would be preserved and provincial legislatures could bestow additional rights and privileges in response to changing conditions.

Bill 30 was also a valid exercise of the provincial power to return rights constitutionally guaranteed to separate schools by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. Roman Catholic separate school supporters had at Confederation a right or privilege, by law, to have their children receive an appropriate education which could include instruction at the secondary school level. The *Scott Act* gave separate school trustees the same powers and duties as common school trustees. The exercise of these rights was not a mere practice tolerated by the educational authorities. An adequate level of funding was required for this right to be meaningful and the *Scott Act* provided for proportionate funding.

Even if Bill 30 were supportable only under the province's plenary power and s. 93(3), it is protected from *Charter* review. Rights or privileges conferred by post-Confederation legislation under s. 93(3) are not "guaranteed" within the meaning of s. 29 in the same way as rights or privileges under s. 93(1). It is clear from the wording of s. 93(3) that post-Confederation legislation referred to in that subsection may be subse-

tutionnelle de 1867? On a demandé à la Cour de trancher ce point indépendamment de sa réponse à la première question, afin d'obvier à toute controverse future au sujet des droits et privilèges des contribuables des écoles séparées catholiques de l'Ontario. La dernière question à examiner dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à l'une ou l'autre question susmentionnée ou aux deux est de savoir si la *Loi constitutionnelle de 1982* et, en particulier, la *Charte*, s'appliquent au projet de loi 30 et, si oui, dans quelle mesure et avec quel effet.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté et la question soumise dans le renvoi reçoit une réponse négative.

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Wilson et La Forest: Le projet de loi 30 constitue un exercice valide du pouvoir provincial d'ajouter aux droits et privilèges des contribuables des écoles séparées catholiques en vertu de l'effet combiné de la disposition liminaire de l'art. 93 et du par. 93(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La jurisprudence appuie cette interprétation du par. 93(3). Le but de l'art. 93 et son histoire étayent cette interprétation. La protection des droits religieux des minorités constituait une préoccupation majeure lors des négociations qui ont abouti à la Confédération. L'élément fondamental de la Confédération en matière d'éducation était que les droits et privilèges déjà conférés par la loi au moment de la Confédération seraient sauvegardés et que les législatures provinciales pourraient en accorder d'autres au fur et à mesure que les conditions changeaient.

Le projet de loi 30 est également un exercice valide du pouvoir provincial de rendre aux écoles séparées les droits constitutionnellement garantis par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les contribuables des écoles séparées catholiques jouissaient en vertu de la loi, à l'époque de la Confédération, d'un droit ou privilège, pour ce qui était de voir leurs enfants recevoir une éducation appropriée qui pouvait inclure un enseignement de niveau secondaire. La *loi Scott* attribuait aux syndics des écoles séparées les mêmes pouvoirs et obligations qu'aux syndics des écoles communes. L'exercice de ces droits n'était pas une simple pratique tolérée par les autorités responsables de l'éducation. Pour que ce droit ait un sens, il fallait une affectation de fonds adéquate et la *loi Scott* accordait un financement proportionnel.

Même si le projet de loi 30 ne pouvait être justifié qu'en vertu du pouvoir absolu de la province et du par. 93(3), il échappe au contrôle fondé sur la *Charte*. Les droits ou privilèges conférés après la Confédération par des lois visées au par. 93(3) ne sont pas «garantis» au sens de l'art. 29 de la même manière que les droits ou privilèges visés au par. 93(1). Il ressort de la formulation du par. 93(3) que les lois adoptées après la Confédéra-

quently amended or repealed by the legislature which passed it in a way which affects rights or privileges initially granted by it. The rights or privileges protected by s. 93(1), on the other hand, cannot be prejudicially affected. However, both are immune from *Charter* review even without s. 29 because the whole of s. 93 represents a fundamental compromise of Confederation in relation to denominational schools. The section 93(3) rights and privileges are not guaranteed in the sense that the legislature which gave them cannot later pass laws which prejudicially affect them but they are insulated from *Charter* attack as legislation enacted pursuant to the plenary power in relation to education. The protection from *Charter* review in the case of s. 93(3) lies not in the guaranteed nature of the rights and privileges conferred on denominational schools by the legislation passed under it but in the guaranteed nature of the province's plenary power to enact such legislation. The Confederation compromise in relation to education is not displaced by the *Constitution Act, 1982*.

Per Beetz and Estey JJ.: Bill 30 is a valid exercise of the provincial power in relation to education under the opening words of s. 93 and s. 93(3) of the *Constitution Act, 1867*. The exercise of this valid provincial power cannot be limited or truncated by the operation of the *Charter*. It is therefore unnecessary to consider the operation of s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*.

The province can make any laws with respect to education subject to two limitations. First, any such laws may not violate the minimum constitutional guarantees found in s. 93(1), and second, the exercise of this provincial power may also face federal intervention under s. 93(4).

The appeal process established by s. 93(3) is primarily a political appeal quite apart from the legal right to challenge constitutionality found in s. 93(1). No right of appeal lies under s. 93(3) unless there has been an "Act or Decision of any Provincial Authority" which affects rights or privileges. Rights or privileges granted after Confederation can be protected by the political appeal process in s. 93(3) whereas rights or privileges in place at the time of Confederation can be protected by either the political appeal process in s. 93(3) or a legal challenge in the courts pursuant to s. 93(1). A basic premise underlying s. 93(3) is that for a right of appeal to arise, the province must have established or enlarged by stat-

tion, mentionnées dans ce paragraphe, peuvent être sub-séquemment modifiées ou abrogées par l'assemblée législative qui les a adoptées, d'une façon qui modifie les droits ou privilèges qu'elle avait d'abord accordés. On ne peut, par contre, porter atteinte aux droits ou privilèges protégés par le par. 93(1). Ils sont toutefois à l'abri d'un contrôle fondé sur de la *Charte* même sans recourir à l'art. 29, car l'ensemble de l'art. 93 représente un compromis confédéral fondamental relativement aux écoles confessionnelles. Les droits et privilèges visés au par. 93(3) ne sont pas garantis dans le sens que l'assemblée législative qui les a conférés ne peut, par la suite, adopter des lois qui leur portent atteinte; ils sont plutôt à l'abri des contestations fondées sur la *Charte* en tant que lois adoptées conformément au pouvoir absolu en matière d'éducation. La protection contre le contrôle fondé sur la *Charte* dans le cas du par. 93(3) ne se trouve pas dans la nature garantie des droits et privilèges conférés aux écoles confessionnelles par des lois mais dans la nature garantie du pouvoir absolu de la province d'adopter ces lois. Le compromis confédéral en matière d'éducation n'est pas changé par la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Les juges Beetz et Estey: Le projet de loi 30 constitue un exercice valide de la compétence provinciale en matière d'éducation, fondée sur la disposition liminaire de l'art. 93 et sur le par. 93(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'exercice valide de cette compétence provinciale ne peut être limité ou supprimé par le jeu de la *Charte*. Il n'est donc pas nécessaire de rechercher comment opère le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La province peut légiférer comme elle l'entend en matière d'éducation sous deux réserves. D'abord, aucune loi de ce genre ne saurait violer les garanties constitutionnelles minimales énoncées au par. 93(1) et, en second lieu, l'exercice de cette compétence provinciale peut aussi se heurter à une intervention fédérale en vertu du par. 93(4).

La procédure d'appel établie par le par. 93(3) constitue d'abord et avant tout une forme d'appel politique tout à fait distincte du droit légal de contester la constitutionnalité, que l'on trouve au par. 93(1). Aucun droit d'appel n'existe en vertu du par. 93(3) s'il n'y a pas d'abord un «acte ou décision d'une autorité provinciale» qui porte atteinte aux droits ou privilèges. Par contre, les droits ou privilèges conférés après la Confédération peuvent être protégés grâce au recours à l'appel politique prévu au par. 93(3), tandis que les droits ou privilèges existant au moment de la Confédération peuvent être protégés soit par la procédure d'appel politique prévue au par. 93(3), soit par une demande en justice fondée

ute a separate school system after Confederation and later abolished or affected the rights granted to the minority under that legislation.

The real contest in this appeal is clearly between the operation of the *Charter* in its entirety and the integrity of s. 93. Section 93 is a fundamental constitutional provision because it is a part of the pattern of the sharing of sovereign power between the two plenary authorities created at Confederation. Section 93 is a grant of power providing the province with the jurisdiction to legislate in a *prima facie* selective and distinguishing manner with respect to education whether or not some segments of the community might consider the result to be discriminatory.

The *Charter* cannot provide for the automatic repeal of any provisions of the Constitution of Canada. Although the *Charter* is intended to constrain the exercise of legislative power conferred under the *Constitution Act, 1867* where the delineated rights of individual members of the community are adversely affected, it cannot be interpreted as rendering unconstitutional distinctions that are expressly permitted by the *Constitution Act, 1867*. The *Charter*, therefore, is not available to disallow the implementation of s. 93(1), or legislation for the protection of the rights embedded by s. 93(1), or legislation contemplated in s. 93(3).

Section 29 cannot operate to protect the rights granted by Bill 30. To be protected by s. 29, the rights referred to therein must be constitutionally guaranteed. A constitutional guarantee does not attach to rights or privileges conferred by an ordinary provincial statute in that rights and privileges so granted are susceptible to legislative repeal. Since the dominant word in s. 29 was "guaranteed", it was unnecessary to resolve the meaning of "by" or "under" in that section.

Per Lamer J.: The appeal should be dismissed only on the basis of the opening words of s. 93 and s. 93(3) of the *Constitution Act, 1867*. The reasons of Wilson J. both in this regard and with respect to the effect of the *Charter* were adopted.

Cases Cited

By Wilson J.

Considered: *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *City of Winnipeg v. Barrett*,

sur le par. 93(1). Le paragraphe 93(3) est fondé sur la prémisses fondamentale qu'il faut, pour qu'il y ait un droit d'appel, que la province ait, par des lois, établi ou élargi, après la Confédération, un réseau d'écoles séparées, puis qu'elle l'ait aboli ou qu'elle ait porté atteinte aux droits conférés à la minorité par ces lois.

Le conflit véritable en l'espèce est manifestement entre l'application de la *Charte* dans son entier et l'intégrité de l'art. 93. L'article 93 est une disposition constitutionnelle fondamentale, faisant partie intégrante du régime de partage du pouvoir souverain entre les deux autorités absolues créées à la Confédération. L'article 93 est une attribution de compétence qui confère à la province le pouvoir de légiférer d'une manière à première vue sélective et en opérant des distinctions dans le domaine de l'éducation, que certains segments de la société considèrent ou non le résultat comme discriminatoire.

La *Charte* ne peut pas prévoir l'abrogation automatique de dispositions de la Constitution du Canada. Bien qu'on ait voulu que la *Charte* limite l'exercice des compétences législatives conférées par la *Loi constitutionnelle de 1867*, lorsqu'il est porté préjudice aux droits, y énoncés, des individus composant la société, elle ne saurait être interprétée comme rendant inconstitutionnelles des distinctions expressément autorisées par la *Loi constitutionnelle de 1867*. On ne saurait avoir recours à la *Charte* pour désavouer la mise en œuvre du par. 93(1) ou des lois protégeant les droits consacrés par le par. 93(1), ou encore des lois prévues au par. 93(3).

L'article 29 ne saurait jouer de façon à protéger les droits conférés par le projet de loi 30. Pour recevoir la protection de l'art. 29, les droits qui y sont mentionnés doivent être garantis constitutionnellement. Une garantie constitutionnelle ne s'attache pas aux droits ou privilèges conférés par une loi provinciale ordinaire, car ces droits et privilèges sont susceptibles d'être abrogés par voie législative. Comme le terme dominant de l'art. 29 est le terme «garantis», il n'est pas nécessaire d'élucider le sens des termes «by» ou «under» de la version anglaise de cet article.

Le juge Lamer: Le pourvoi doit être rejeté sur le seul fondement de la disposition liminaire de l'art. 93 et du par. 93(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il convient d'adopter les motifs du juge Wilson tant à cet égard qu'à l'égard de l'effet de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêts examinés: *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *City of Winnipeg v. Bar-*

[1892] A.C. 445; **not followed:** *Tiny Separate School Trustees v. The King*, [1928] A.C. 363, affirming [1927] S.C.R. 637, affirming (1926), 60 O.L.R. 15, affirming (1926), 59 O.L.R. 96; **distinguished:** *Société des Acadiens v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; **referred to:** *Reference Re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa* (1915), 34 O.L.R. 624; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier*, [1985] 2 S.C.R. 164; *Galloway v. City of London* (1866), L.R. 1 H.L. 34; *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575.

By Estey J.

Referred to: *Tiny Separate School Trustees v. The King*, [1928] A.C. 363; *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202.

By Lamer J.

Referred to: *Tiny Separate School Trustees v. The King*, [1928] A.C. 363.

Statutes and Regulations Cited

Act for the Establishment and maintenance of Common Schools in Upper Canada (Common Schools Act), 7 Vict., c. 29.

Act for the further improvement of Grammar Schools in Upper Canada (Grammar Schools Act), 29 Vict., c. 23.

Act granting to His Majesty a sum of money, to be applied to the use of common schools throughout this province, and to provide for the regulations of said common schools (Common Schools Act), 56 Geo. 3, c. 36, ss. 1, 2, 3, 5, 6, 8, 13.

Act respecting Common Schools in Upper Canada (Common Schools Act), C.S.U.C. 1859, c. 64, ss. 27(7), (8), (16), (18), (23)(4), 79(9), (15), (17), (18), 82(1), 119(5), 120, 121, 122, 123, 124, 125.

Act respecting Separate Schools (Separate Schools Act), C.S.U.C. 1859, c. 65, ss. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 14, 20, 24, 26, 33.

Act to amend the Education Act, S.O. 1986, c. 21.

Act to amend the Law relating to Grammar Schools in Upper Canada (Grammar Schools Amendment Act (U.C.)), 16 Vict., c. 186, ss. 5, 11(4).

Act to establish Public Schools in each and every District of this Province (Public Schools Act), 47 Geo. 3, c. 6, ss. 2, 4, 5.

Act to provide for the advancement of Education in this Province, 2 Vict., c. 10.

Act to repeal certain Acts therein mentioned, and to make further provisions for the establishment and

rett, [1892] A.C. 445; **arrêt non suivi:** *Tiny Separate School Trustees v. The King*, [1928] A.C. 363, confirmant [1927] R.C.S. 637, confirmant (1926), 60 O.L.R. 15, confirmant (1926), 59 O.L.R. 96; **distinction d'avec l'arrêt:** *Société des Acadiens c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; **arrêts mentionnés:** *Reference Re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa* (1915), 34 O.L.R. 624; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier*, [1985] 2 R.C.S. 164; *Galloway v. City of London* (1866), L.R. 1 H.L. 34; *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575.

^c Citée par le juge Estey

Arrêts mentionnés: *Tiny Separate School Trustees v. The King*, [1928] A.C. 363; *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202.

^d Citée par le juge Lamer

Arrêt mentionné: *Tiny Separate School Trustees v. The King*, [1928] A.C. 363.

Lois et règlements cités

^e *Act granting to His Majesty a sum of money, to be applied to the use of common schools throughout this province and to provide for the regulations of said common schools (Common Schools Act)*, 56 Geo. 3, chap. 36, art. 1, 2, 3, 5, 6, 8, 13.

^f *Act respecting Common Schools in Upper Canada (Common Schools Act)*, C.S.U.C. 1859, chap. 64, art. 27(7),(8),(16),(18),(23)(4), 79(9),(15),(17),(18), 82(1), 119(5), 120, 121, 122, 123, 124, 125.

^g *Act respecting Separate Schools (Separate Schools Act)*, C.S.U.C. 1859, chap. 65, art. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 14, 20, 24, 26, 33.

Act to establish Public Schools in each and every District of this Province (Public Schools Act), 47 Geo. 3, chap. 6, art. 2, 4, 5.

^h *Act to provide for the advancement of Education in this Province*, 2 Vict., chap. 10.

Acte pour abroger certains Actes y mentionnés, et pour voir plus amplement à l'établissement et au maintien des Écoles Publiques en cette Province (Acte concernant les écoles publiques), 4 & 5 Vict., chap. 18, art. 7(4), 11.

ⁱ *Acte pour amender la loi concernant les Écoles de Grammaire du Haut-Canada (Loi sur les Écoles de Grammaire (H. C.))*, 16 Vict, chap. 186, art. 5, 11(4).

^j *Acte pour l'établissement et soutien des Écoles Communes dans le Haut-Canada (Acte d'établissement des Écoles Communes)*, 7 Vict., chap. 29.

Acte pour perfectionner davantage les écoles de gram-

maintenance of Common Schools throughout the Province (Common Schools Act), 4 & 5 Vict., c. 18, ss. 7(4), 11.

Act to Restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools (Separate Schools Act (Scott Act)), 26 Vict., c. 5, ss. 7, 20.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 15, 15(1), 29.

Constitution Act, 1867, ss. 91, 91(24), 92, 92(10), 93(1), (2), (3), (4).

Constitution Act, 1982, s. 52.

Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1984, c. 11, ss. 19, 19(7).

Education Act, R.S.O. 1980, c. 129.

Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1970, App., ss. 22, 22(2).

Public Schools Act, S.M. 1890, c. 38.

Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 37, 50.

Authors Cited

Canada. *Debates of the House of Commons*, 6th Sess., 7th Parliament, 59 Vict. 1896, col. 2719, at 2724, March 3, 1896.

Canada. *Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, 1980-1981.

United Kingdom. House of Lords. *Parliamentary Debates*, 3rd. ser., vol. 185, col. 557, at p. 565, February 19, 1867.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 53 O.R. (2d) 513, 25 D.L.R. (4th) 1, 13 O.A.C. 241, on a reference made by the Government of Ontario, finding Bill 30, An Act to amend the Education Act, consistent with the provisions of the Constitution of Canada including the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal dismissed; the reference question is answered in the negative.

John J. Robinette, Q.C., and *Brian A. Kelsey, Q.C.*, for The Metropolitan Toronto Board of Education.

D. J. M. Brown, Q.C., and *Guy Pratte*, for Ontario Alliance of Christian Schools.

J. J. Kelly, for The Waterloo County Board of Education.

maire dans le Haut-Canada (Acte concernant les Écoles de grammaire), 29 Vict., chap. 23.

Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées (Acte concernant les écoles séparées (loi Scott)), 26 Vict., chap. 5, art. 7, 20.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2(a), 15, 15(1), 29.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 91(24), 92, 92(10), 93(1),(2),(3),(4).

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Loi de 1870 sur le Manitoba, S.R.C. 1970, app., art. 22, 22(2).

Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1984, chap. 11, art. 19, 19(7).

Loi modifiant la Loi sur l'éducation, L.O. 1986, chap. 21.

Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 37, 50.

Loi sur l'éducation, L.R.O. 1980, chap. 129.

Public Schools Act, S.M. 1890, chap. 38.

Doctrine citée

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 6^e sess., 7^e Parlement, 59 Vict. 1896, col. 2395, aux col. 2399 et 2400, le 3 mars 1896.

Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité conjoint mixte spécial sur Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, 1980-1981.

United Kingdom. House of Lords. *Parliamentary Debates*, 3rd. ser., vol. 185, col. 557, at p. 565, February 19, 1867.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 53 O.R. (2d) 513, 25 D.L.R. (4th) 1, 13 O.A.C. 241, sur un renvoi soumis par le gouvernement de l'Ontario, qui a conclu que le projet de loi 30, An Act to amend the Education Act, est compatible avec les dispositions de la Constitution du Canada, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pourvoi rejeté; la question soumise dans le renvoi reçoit une réponse négative.

John J. Robinette, c.r., et *Brian A. Kelsey, c.r.*, pour The Metropolitan Toronto Board of Education.

D. J. M. Brown, c.r., et *Guy Pratte*, pour Ontario Alliance of Christian Schools.

J. J. Kelly, pour The Waterloo County Board of Education.

Bryan Findlay, Q.C., and J. G. Richards, for Coalition for Public Education Ontario Inc.

Aubrey E. Golden, Q.C., and Maurice A. Green, for Ontario Secondary School Teachers' Federation.

John B. Laskin and Robert J. Sharpe, for Ontario Association of Alternative and Independent Schools.

Claude Pensa, Q.C., and Edward M. Perlmutter, for The Board of Education for the City of London.

Larry T. Taman and David W. Kent, for Canadian Civil Liberties Association.

John I. Laskin, for Canadian Jewish Congress.

Michael J. Penman and Christopher D. Woodbury, for Loyal Orange Association in Ontario.

R. G. Keel and J. L. Razulis, for Peel Board of Education.

P. S. A. Lamek, Q.C., and Susan E. Paul, for Federation of Women Teachers' Associations of Ontario.

Rev. William D. F. Morris and Mary Elizabeth Morris, appearing on their own behalf.

Nina Gertrude Stannard, appearing on her own behalf.

Ian Scott, Q.C., Blenus Wright, Q.C., John Cavarzan, Q.C., and Peter W. Hogg, Q.C., for the Attorney General for Ontario.

Claude R. Thomson, Q.C., and Gavin MacKenzie, for Ontario Separate School Trustees' Association, et al.

Robert L. Falby, Q.C., and Peter D. Lauwers, for Metropolitan Separate School Board and Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board.

John Sopinka, Q.C., and David M. Brown, for Hastings-Prince Edward County Roman Catholic Separate School Board.

John Murray, Pierre Genest, Q.C., and Nora Gillespie, for Frontenac-Lennox and Addington Roman Catholic Separate School Board.

Bryan Findlay, c.r., et J. G. Richards, pour Coalition for Public Education Ontario Inc.

Aubrey E. Golden, c.r., et Maurice A. Green, pour Ontario Secondary School Teachers' Federation.

John B. Laskin et Robert J. Sharpe, pour Ontario Association of Alternative and Independent Schools.

Claude Pensa, c.r., et Edward M. Perlmutter, pour The Board of Education for the City of London.

Larry T. Taman et David W. Kent, pour l'Association canadienne des libertés civiles.

John I. Laskin, pour le Congrès juif canadien.

Michael J. Penman et Christopher D. Woodbury, pour Loyal Orange Association in Ontario.

R. G. Keel et J. L. Razulis, pour Peel Board of Education.

P. S. A. Lamek, c.r., et Susan E. Paul, pour Federation of Women Teachers' Associations of Ontario.

Rév. William D. F. Morris et Mary Elizabeth Morris, comparaisant en personne.

Nina Gertrude Stannard, comparaisant en personne.

Ian Scott, c.r., Blenus Wright, c.r., John Cavarzan, c.r., et Peter W. Hogg, c.r., pour le procureur général de l'Ontario.

Claude R. Thomson, c.r., et Gavin MacKenzie, pour Ontario Separate School Trustees' Association et autres.

Robert L. Falby, c.r., et Peter D. Lauwers, pour Metropolitan Separate School Board et Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board.

John Sopinka, c.r., et David M. Brown, pour Hastings-Prince Edward County Roman Catholic Separate School Board.

John Murray, Pierre Genest, c.r., et Nora Gillespie, pour Frontenac-Lennox and Addington Roman Catholic Separate School Board.

William T. Green, Q.C., for Carleton Roman Catholic Separate School Board.

Paul J. J. Cavaluzzo, for Ontario English Catholic Teachers' Association.

Paul Rouleau, for l'Association française des conseils scolaires de l'Ontario.

Colin K. Irving and *Allan R. Hilton*, for The Quebec Association of Protestant School Boards.

Howard Kushner, for the Attorney General for Alberta.

Jean-K. Samson, *Luc Le Blanc* and *Jean Bouchard*, for the Attorney General of Quebec.

The judgment of Dickson C.J. and McIntyre, Wilson and La Forest J.J. was delivered by

WILSON J.—This is an appeal from the decision of the Court of Appeal for Ontario on a question referred for its consideration by the Lieutenant-Governor in Council (by Order in Council 1774/85, dated July 3, 1985) pursuant to the *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11, s. 19. The question reads as follows:

Is Bill 30, An Act to amend the Education Act inconsistent with the provisions of the Constitution of Canada including the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, in what particular or particulars and in what respect?

By order of the Chief Justice of Ontario dated July 4, 1985, the Attorney General for the Province of Ontario was given carriage of the Reference and notice of the Reference was duly published. A number of parties were given leave by the Court of Appeal to intervene in the hearings before that Court. On February 18, 1986, a majority of the Court of Appeal (Zuber, Cory and Tarnopolsky J.J.A.) answered the Reference question in the negative: see *Reference re an Act to amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513. The Chief Justice of Ontario and Robins J.A. dissented.

The appellants have appealed to this Court pursuant to s. 37 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, as amended, and s. 19(7) of the *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11.

William T. Green, c.r., pour Carleton Roman Catholic Separate School Board.

Paul J. J. Cavaluzzo, pour Ontario English Catholic Teachers' Association.

Paul Rouleau, pour l'Association française des conseils scolaires de l'Ontario.

Colin K. Irving et *Allan R. Hilton*, pour The Quebec Association of Protestant School Boards.

Howard Kushner, pour le procureur général de l'Alberta.

Jean-K. Samson, *Luc Le Blanc* et *Jean Bouchard*, pour le procureur général du Québec.

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

LE JUGE WILSON—Le présent pourvoi attaque l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario sur une question que lui a soumise le lieutenant-gouverneur en conseil (par décret 1774/85 en date du 3 juillet 1985) conformément à la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, chap. 11, art. 19. La question est ainsi formulée:

Le projet de loi 30, An Act to amend the Education Act, est-il incompatible avec les dispositions de la Constitution du Canada, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, sous quel aspect et à quel égard?

Par ordonnance du juge en chef de l'Ontario en date du 4 juillet 1985, le procureur général de cette province a reçu l'autorisation de procéder au renvoi et avis de celui-ci a été dûment publié. La Cour d'appel a permis à plusieurs parties de présenter des interventions devant elle. Le 18 février 1986, la Cour d'appel à la majorité formée des juges Zuber, Cory et Tarnopolsky a répondu par la négative à la question soumise dans le cadre du renvoi: voir *Reference re an Act to amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513. Le juge en chef de l'Ontario et le juge Robins étaient dissidents.

Les appelants ont formé un pourvoi devant cette Cour en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, et modifications, et du par. 19(7) de la *Loi de 1984 sur les*

Leave to intervene was granted by this Court to the Quebec Association of Protestant School Boards. Notices of intention to intervene in this Court were duly filed by the Attorney General for the Province of Alberta and the Attorney General for the Province of Quebec.

1. Bill 30

The preamble to Bill 30 indicates that its purpose is to implement a policy of full funding for Roman Catholic separate high schools in Ontario. The preamble reads as follows:

Whereas section 93 of the *Constitution Act, 1867* embodies one of the essential conditions which facilitated the creation of a united Canada in 1867 by guaranteeing to Roman Catholics in Ontario certain rights and privileges with respect to denominational schools; and whereas the Roman Catholic separate schools have become a significant part of the schools system in Ontario; and whereas it has been public policy in Ontario since 1899 to provide for public funds to support education in the Roman Catholic separate schools to the end of Grade 10; and whereas it is recognized that today a basic education requires a secondary as well as an elementary education; and whereas it is just and proper and in accordance with the spirit of the guarantees given in 1867 to bring the provisions of the law respecting Roman Catholic separate schools into harmony with the provisions of the law respecting public elementary and secondary schools, by providing legislative recognition of and funding for secondary education by Roman Catholic separate schools . . .

The Bill permits a separate school board to elect by by-law to perform the duties of a secondary school board with the approval of the Minister (s. 136-a). Once such an election has been made and approved by the Minister, the separate school board becomes a "Roman Catholic school board" (s. 46-a) and, according to s. 136-e(1), becomes "entitled to share in the legislative grants for secondary school purposes". Section 136-j exempts separate school supporters within the jurisdiction of a Roman Catholic school board from the payment of rates or taxes for secondary school purposes. But, by s. 136-k, "[t]he provisions [of the *Education Act*, R.S.O. 1980, c. 129] . . . that apply to . . . the levying and collection of rates or taxes

tribunaux judiciaires, L.O. 1984, chap. 11. Cette Cour a autorisé la Quebec Association of Protestant School Boards à intervenir. Le procureur général de l'Alberta et le procureur général du Québec ont dûment produit des avis d'intention d'intervenir en cette Cour.

1. Le projet de loi 30

D'après son préambule, le projet de loi 30 a pour objet la mise en œuvre d'une politique de financement complet des écoles séparées catholiques de niveau secondaire en Ontario. Voici le texte du préambule:

Attendu que l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* renferme une des conditions essentielles qui, en garantissant aux catholiques de l'Ontario certains droits et privilèges en ce qui concerne les écoles confessionnelles, a facilité la création d'un Canada uni en 1867; attendu que les écoles séparées catholiques constituent maintenant une partie importante du système scolaire en Ontario; attendu que la politique suivie par l'Ontario depuis 1899 a été de prévoir l'octroi de fonds publics aux fins de subventionner l'enseignement dans les écoles séparées catholiques jusqu'à la fin de la dixième année d'études; attendu qu'il est admis qu'un enseignement de base comprend de nos jours l'enseignement secondaire aussi bien que l'enseignement élémentaire; attendu qu'il est non seulement juste et approprié, mais encore conforme à l'esprit des garanties données en 1867, de concilier les dispositions législatives concernant les écoles séparées catholiques avec les dispositions législatives concernant les écoles publiques des niveaux élémentaire et secondaire en reconnaissant dans le cadre d'une loi l'enseignement secondaire dispensé par les écoles séparées catholiques et en le subventionnant . . .

Le projet de loi autorise un conseil d'écoles séparées à choisir par règlement administratif, avec l'approbation du ministre, d'accomplir les fonctions d'un conseil d'écoles secondaires (art. 136-a). Une fois qu'on a fait ce choix et que le ministre l'a approuvé, le conseil d'écoles séparées devient un «conseil d'écoles catholiques» selon la définition donné au par. 1(1) et, suivant le par. 136-e(1), il a dès lors «le droit de recevoir une part des subventions générales aux fins des écoles secondaires». L'article 136-j exempte les contribuables des écoles séparées, dans un secteur où un conseil d'écoles catholiques exerce sa compétence, du versement de cotisations ou d'impôts aux fins des écoles secondaires. Toutefois, aux termes de l'art.

for separate school purposes apply with necessary modifications for secondary school purposes in respect of a Roman Catholic school board". Every public board of education is required by s. 136-l to prepare a list of teaching and non-teaching staff whose services will not be required because of an election by a Roman Catholic school board to perform the duties of a secondary school board. During the ten years following its election, the Roman Catholic school board must fill positions on its teaching staff by offering employment to those on that list who possess proper qualifications. There are other provisions concerning the functions of the Planning and Implementation Commission established in the Bill and transfers of use or ownership of real and personal property between public school boards and Roman Catholic school boards which are not central to the constitutional issues in this appeal.

The Ontario Court of Appeal, quite properly, considered the constitutional validity of Bill 30 as it stood at the date of the Reference. At that time Bill 30 had already been given first reading in the Ontario Legislature. Subsequent to the decision of the Court of Appeal, Bill 30 was passed into law as *An Act to amend the Education Act*, S.O. 1986, c. 21. This Act contains a number of sections which were not present in Bill 30 at the time of the Reference. In particular, s. 136-la dealing with the hiring and promotion of teachers was not in the Bill. These changes prompted an application for directions to this Court on October 8, 1986. The question posed was as follows:

Whether this Court, on the appeal, should consider the constitutionality of Bill 30 in the form in which it appeared in the reference to the Court of Appeal for Ontario and not any question arising from a subsequent enactment not before that Court?

Assuming without deciding that it had jurisdiction pursuant to ss. 37 and 50 of the *Supreme Court*

136-k, «Les dispositions [de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1980, chap. 129] relatives [...] au prélèvement et à la perception des cotisations scolaires ou des impôts aux fins des écoles séparées s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à un conseil d'écoles catholiques, en ce qui concerne les fins des écoles secondaires». L'article 136-l impose à chaque conseil public de l'éducation l'obligation de dresser une liste des enseignants et des autres employés dont les services ne seront plus nécessaires en raison du choix fait par un conseil d'écoles catholiques d'accomplir les fonctions d'un conseil d'écoles secondaires. Au cours des dix ans qui suivent son choix, le conseil d'écoles catholiques doit pourvoir aux postes d'enseignants vacants en offrant des emplois aux personnes sur cette liste qui possèdent les compétences voulues. D'autres dispositions portent sur les fonctions de la Commission de planification et de mise en œuvre établie par le projet de loi et sur le transfert du droit d'usage ou du droit de propriété sur des biens meubles ou immeubles entre conseils d'écoles publiques et conseils d'écoles catholiques, ce qui n'est pas au centre des questions constitutionnelles soulevées en l'espèce.

La Cour d'appel de l'Ontario, à juste titre d'ailleurs, s'est prononcée sur la constitutionnalité du projet de loi 30 tel qu'il était à la date du renvoi. À cette époque-là, le projet de loi avait déjà été adopté en première lecture par la législature de l'Ontario. Après que la Cour d'appel eut rendu son arrêt, le projet de loi 30 a été adopté sous le titre *Loi modifiant la Loi sur l'éducation*, L.O. 1986, chap. 21. Cette loi renferme plusieurs articles qui ne figuraient pas au projet de loi 30 au moment du renvoi. En particulier, l'art. 136-la portant sur l'embauche et la promotion d'enseignants ne s'y trouvait pas. Par suite de ces modifications, on a demandé des directives à cette Cour, le 8 octobre 1986. La question posée était la suivante:

Aux fins du pourvoi, cette Cour doit-elle examiner la constitutionnalité du projet de loi 30 dans la forme qu'il revêtait lors du renvoi devant la Cour d'appel de l'Ontario, sans se pencher sur aucune question découlant d'un texte subséquent dont il n'a pas été question devant ce dernier tribunal?

Tenant pour acquis, sans toutefois trancher la question, qu'elle avait compétence en vertu des art.

Act to render an opinion upon issues that were not before the Court of Appeal, this Court ruled that since the sections which were added to Bill 30 after the reference to the Court of Appeal were complex and important, it was "not disposed to adjudicate upon the constitutional validity of a law of Ontario without benefit of the wisdom of the Court of Appeal of that Province". I want to emphasize, therefore, that in this case the Court is determining the constitutionality of Bill 30 in the form referred to the Ontario Court of Appeal and not the constitutionality of the Act currently in force in Ontario.

2. The Court of Appeal

The majority of the Court of Appeal (Zuber, Cory and Tarnopolsky J.J.A.) held that Bill 30 was *intra vires* the Ontario Legislature under s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. Section 93 reads as follows:

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions:—

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:

(2) All the Powers, Privileges, and Duties at the Union by Law conferred and imposed in Upper Canada on the Separate Schools and School Trustees of the Queen's Roman Catholic Subjects shall be and the same are hereby extended to the Dissident Schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic Subjects in Quebec;

(3) Where in any Province a System of Separate or Dissident Schools exists by Law at the Union or is thereafter established by the Legislature of the Province, an Appeal shall lie to the Governor General in Council from any Act or Decision of any Provincial Authority affecting any Right or Privilege of the Protestant or Roman Catholic Minority of the Queen's Subjects in relation to Education:

(4) In case any such Provincial Law as from Time to Time seems to the Governor General in Council requisite for the due Execution of the Provisions of this Section is not made, or in case any Decision of the Governor General in Council on any Appeal under this

37 et 50 de la *Loi sur la Cour suprême* pour donner un avis sur des points non soulevés à l'étape de l'appel, cette Cour a conclu que, compte tenu de la complexité et de l'importance des dispositions ajoutées au projet de loi 30 postérieurement au renvoi devant la Cour d'appel, elle n'était «pas disposée à statuer sur la constitutionnalité d'une loi de l'Ontario sans avoir bénéficié de la sagesse de la Cour d'appel de cette province». Je souligne donc qu'en l'espèce nous déterminons la constitutionnalité du projet de loi 30 dans la forme qu'il présentait lorsqu'il a été soumis à la Cour d'appel de l'Ontario et non pas sur la constitutionnalité de la Loi actuellement en vigueur en Ontario.

2. Cour d'appel

La Cour d'appel, à la majorité formée des juges Zuber, Cory et Tarnopolsky, a conclu que l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* habilitait la législature de l'Ontario à adopter le projet de loi 30. L'article 93 se lit comme suit:

93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

(2) tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'Union, aux écoles séparées et aux syndics d'écoles des sujets catholiques romains de la Reine, seront et sont par les présentes étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec;

(3) dans toute province où un système d'écoles séparées ou dissidentes existe en vertu de la loi, lors de l'Union, ou sera subséquemment établi par la législature de la province, il pourra être interjeté appel au gouverneur général en conseil de tout acte ou décision d'une autorité provinciale affectant l'un quelconque des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de la Reine relativement à l'éducation;

(4) au cas où n'aura pas été édictée la loi provinciale que, de temps à autre, le gouverneur général en conseil aura jugée nécessaire pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article—ou lorsqu'une décision du gouverneur général en conseil, sur un appel interjeté

Section is not duly executed by the proper Provincial Authority in that Behalf, then and in every such Case, and as far only as the Circumstances of each Case require, the Parliament of Canada may make remedial Laws for the due Execution of the Provisions of this Section and of any Decision of the Governor General in Council under this Section.

The majority, before addressing the issue whether the Legislature could validly enact Bill 30, emphasized the pivotal role which s. 93 had played in the negotiations leading up to Confederation and concluded, at pp. 567-68, that "provision for the rights of Protestants and Roman Catholics to separate schools [i.e., s. 93] became part of 'a small bill of rights' as a basic compact of Confederation".

It is unclear, however, from the reasoning of the majority, if I may say so with the greatest of respect, whether it upheld Bill 30 under the plenary power conferred on the province in relation to education by the opening words of s. 93 or because the legislation returned to separate school supporters rights and privileges constitutionally guaranteed to them by s. 93(1). There are passages in the reasons of the majority which would support either basis of decision. For example, the following passage, at p. 569, would seem to me to support the first basis:

By the opening paragraph of s. 93, the provincial legislatures were granted plenary power over education, subject only to the legal restrictions of head (1) and to the possibility, never realized, of being overridden by action of the Governor-General in Council and the Parliament of Canada, under heads (3) and (4). Therefore, at least at any time prior to the coming into force of the Charter and of s. 15 thereof, there was nothing in s. 93 that would have prevented the provincial Legislature from providing for full funding of Roman Catholic separate high schools, unless it could be shown that such law would "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".

en vertu du présent article, n'aura pas été dûment mise à exécution par l'autorité provinciale compétente en l'espèce—, le Parlement du Canada, en pareille occurrence et dans la seule mesure où les circonstances de chaque cas l'exigeront, pourra édicter des lois réparatrices pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article, ainsi qu'à toute décision rendue par le gouverneur général en conseil sous l'autorité de ce même article.

Avant de se pencher sur la question de savoir si la législature avait compétence pour adopter le projet de loi 30, la majorité a souligné le rôle primordial qu'avait joué l'art. 93 dans les négociations conduisant à la Confédération et a conclu, aux pp. 567 et 568, que [TRADUCTION] «la garantie du droit des protestants et des catholiques à des écoles séparées [c.-à-d. par l'art. 93] est devenue partie intégrante d'une «petite déclaration des droits» constituant un élément fondamental de la Confédération».

Le raisonnement de la majorité, si j'ose le dire, laisse toutefois planer du doute quant à savoir si elle a jugé le projet de loi 30 valide en raison du pouvoir exclusif en matière d'éducation conféré à la province par la disposition liminaire de l'art. 93 ou si elle l'a fait parce qu'il rendait aux contribuables des écoles séparées des droits et des privilèges que leur garantissait le par. 93(1) de la Constitution. Les motifs de la majorité contiennent des passages appuyant l'une et l'autre hypothèses. Par exemple, le passage suivant (à la p. 569) me semble appuyer la première:

[TRADUCTION] La disposition liminaire de l'art. 93 accorde aux législatures provinciales un pouvoir exclusif sur l'éducation, sauf les restrictions d'ordre légal qu'impose le par. (1) et la possibilité, qui ne s'est jamais réalisée d'ailleurs, que le gouverneur général en conseil et le Parlement du Canada interviennent en vertu des par. (3) et (4) pour déclarer invalide une loi dans ce domaine. Par conséquent, du moins antérieurement à l'entrée en vigueur de la Charte et notamment de son art. 15, il n'y avait rien dans l'art. 93 qui eût joué de manière à empêcher la législature provinciale de pourvoir au financement complet des écoles séparées catholiques de niveau secondaire, à moins qu'on ne puisse démontrer qu'une loi à cet effet tendrait à «préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles».

It may be that it was the majority's reliance on this reasoning which caused it earlier in its reasons, at p. 565, to comment that it was not necessary to express an opinion as to the continuing validity of the Privy Council's decision in *Tiny Separate School Trustees v. The King*, [1928] A.C. 363. That case, which reviewed the rights and privileges referred to in s. 93(1), i.e., those held by separate school supporters in Ontario by law at the time of Confederation, is primarily relevant to the alternate basis on which the majority may have reached its decision.

And there is some reason to believe that the alternate basis was the real basis of the decision. For the majority went on to say, at p. 570, that even if they were to ignore the *Tiny* decision and base their decision on an examination of the legislation in force—the *Common Schools Act* [*An Act respecting Common Schools in Upper Canada*], C.S.U.C. 1859, c. 64, the *Separate Schools Act (Scott Act)* [*An Act to Restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools*], 26 Vict., c. 5, and the *Grammar Schools Act* of 1865 [*An Act for the further improvement of Grammar Schools in Upper Canada*], 29 Vict., c. 23—they would have to conclude, at pp. 570-71, that:

... secondary school education up to the pre-university level was being given in separate schools, that the textbooks used were not disapproved, and that full and equal funding for such pupils and such grades was being provided by the province.

Therefore, ... it seems clear that by s. 93 the province can now decide to return to separate schools the rights they exercised in 1867 to provide secondary school education and to receive equal proportionate funding for such education, unless there is something in the Charter to preclude it.

Given that the Bill could be validly enacted pursuant to s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, it then fell to the majority to consider whether any other provisions of the Constitution rendered the Bill *ultra vires*. Section 15 (equality) and s. 2(a)

C'est peut-être le fait que la majorité se fondait sur ce raisonnement qui l'avait amenée à dire, à la p. 565 de ses motifs, qu'il n'était pas nécessaire d'exprimer d'opinion sur le bien-fondé de l'arrêt du Conseil privé *Tiny Separate School Trustees v. The King*, [1928] A.C. 363. Cet arrêt, dans lequel on a passé en revue les droits et privilèges visés au par. 93(1), c.-à-d. ceux que détenaient de par la loi, au moment de la Confédération, les contribuables des écoles séparées de l'Ontario, se rapporte surtout à l'autre fondement possible de la décision de la majorité en Cour d'appel.

Et il existe des raisons de croire que sa décision reposait en réalité sur cet autre fondement, car la majorité a poursuivi, à la p. 570, en disant que, même si, faisant abstraction de l'arrêt *Tiny*, elle fondait cette décision sur un examen de la législation en vigueur à l'époque, savoir la *Common Schools Act* [*An Act respecting Common Schools in Upper Canada*], C.S.U.C. 1859, chap. 64, l'Acte concernant les écoles séparées (loi Scott) [*Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées*], 26 Vict., chap. 5, et l'Acte concernant les Écoles de grammaire de 1865 [*Acte pour perfectionner davantage les écoles de grammaire dans le Haut-Canada*], 29 Vict., chap. 23, elle se verrait dans l'obligation de conclure, aux pp. 570 et 571, que:

[TRADUCTION] ... un enseignement secondaire jusqu'au niveau préuniversitaire se dispensait dans les écoles séparées, que les manuels employés n'étaient pas désapprouvés, et que ce programme ainsi que les élèves qui en bénéficiaient recevaient de la province un financement complet et égal.

Par conséquent [...] il semble clair que l'art. 93 autorise la province à décider maintenant de réintégrer les écoles séparées dans les droits, dont elles jouissaient en 1867, de dispenser un enseignement secondaire et de recevoir un financement égal et proportionnel au titre de cet enseignement, à moins que la Charte ne dise le contraire.

Étant donné que le projet de loi pouvait valablement être adopté en vertu de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la majorité devait alors examiner si d'autres dispositions de la Constitution venaient l'invalider. L'article 15 (l'égalité) et l'al.

(freedom of conscience and religion) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been advanced by those opposing the constitutionality of the Bill. The majority held that no part of the Constitution could be paramount over any other part. Thus, in its view, none of the provisions of the *Charter* could operate so as to render invalid any of the provisions of the *Constitution Act, 1867*. This conclusion was supported in the case of separate schools, the majority found, by s. 29 of the *Charter* which provides:

29. Nothing in this Charter abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution of Canada in respect of denominational, separate or dissentient schools.

According to the majority of the Court of Appeal, this section was intended to include not only constitutional guarantees of rights or privileges in respect of denominational, separate or dissentient schools but also "rights and privileges granted by laws enacted under the authority of the Constitution" (p. 572). In arriving at this interpretation of s. 29 of the *Charter* the majority relied heavily on the intention of the framers of the *Charter* as disclosed in the Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada, 1980-1981. The majority concluded that nothing in the *Charter* could abrogate or derogate from the rights guaranteed by s. 93 or conferred by the province under legislation enacted by the province pursuant to its plenary power in relation to education. They said at pp. 575-76:

... s. 29 was intended to protect not only "any rights or privileges guaranteed by ... the Constitution of Canada", such as those in s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, ... but also "any rights or privileges guaranteed ... under the Constitution of Canada", such as those contained within provincial statutes enacted pursuant to the plenary power over education in the opening paragraph of s. 93. Bill 30, if enacted, would be one such statute and so must, at least in its basic purpose and over-all thrust, receive the protection of s. 29 from any abrogation or derogation because of any of the rights or freedoms set out in the *Charter*, including ss. 2(a) and 15.

2a) (la liberté de conscience et de religion) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été invoqués par ceux qui allèguent l'inconstitutionnalité du projet de loi. La majorité a conclu qu'aucune partie de la Constitution ne prime une autre. Donc, selon la majorité, aucune disposition de la *Charte* ne peut avoir pour effet de rendre invalide une des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette conclusion, a estimé la majorité, est justifiée dans le cas des écoles séparées par l'art. 29 de la *Charte* dont voici le texte:

29. Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

Selon la majorité en Cour d'appel, cet article est censé comprendre non seulement les droits ou privilèges garantis par la Constitution concernant les écoles séparées et aux autres écoles confessionnelles, mais aussi [TRADUCTION] «les droits et privilèges conférés par des lois adoptées en vertu de la Constitution» (à la p. 572). Pour aboutir à cette interprétation de l'art. 29, la majorité s'est appuyée fortement sur l'intention des rédacteurs de la *Charte*, telle qu'elle se dégage des Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, 1980-1981. La majorité a conclu que rien dans la *Charte* ne pouvait porter atteinte aux droits garantis par l'art. 93 ou conférés par la province dans un texte législatif adopté en vertu de son pouvoir exclusif sur l'éducation. Les juges formant la majorité ont dit, aux pp. 575 et 576:

[TRADUCTION] ... l'art. 29 était destiné à protéger non seulement les «droits ou privilèges garantis [par] [...] la Constitution du Canada», tels que ceux énoncés à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [...] mais aussi les «droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada», tels que ceux contenus dans des lois provinciales adoptées dans l'exercice du pouvoir exclusif sur l'éducation conféré par la disposition liminaire de l'art. 93. Le projet de loi 30, s'il était adopté, entrerait dans cette dernière catégorie et doit en conséquence, du moins en ce qui concerne son but fondamental et sa portée globale, bénéficier de la protection qu'offre l'art. 29 contre toute atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte*, y compris ceux dont il s'agit à l'al. 2a) et à l'art. 15.

These educational rights, granted specifically to the Protestants in Quebec and the Roman Catholics in Ontario, make it impossible to treat all Canadians equally. The country was founded upon the recognition of special or unequal educational rights for specific religious groups in Ontario and Quebec. The incorporation of the Charter into the *Constitution Act, 1982*, does not change the original Confederation bargain. A specific constitutional amendment would be required to accomplish that. Section 29 of the Charter makes it clear that the minority education rights (an essential condition of Confederation) are not to be abrogated by ss. 2(a) or 15.

The majority added by way of *caveat* that its decision in this case did not mean that separate schools were completely immune from scrutiny under the *Charter*. Not at all. They were shielded from review only in their essential Catholicism. The majority stated at p. 576:

Laws and the Constitution, particularly the Charter, are excluded from application to separate schools only to the extent they derogate from such schools as Catholic (or in Quebec, Protestant) institutions. It is this essential Catholic nature which is preserved and protected by s. 93 of the *Constitution Act, 1867* and s. 29 of the Charter. The courts must strike a balance, on a case-by-case basis, between conduct essential to the proper functioning of a Catholic school and conduct which contravenes such Charter rights as those of equality in s. 15 or of conscience and religion in s. 2(a). Thus, the right of a Catholic school board to dismiss Catholic members of its teaching staff for marrying in a civil ceremony, or for marrying divorced persons, has been upheld as permissible conduct for a separate school board, but would the same protection be afforded a board which refused to hire women or discriminated on the basis of race, national or ethnic origin, age or disability?

Howland C.J.O. and Robins J.A. dissented. While conceding that s. 93(1) represents a basic compact of Confederation, they held that the rights and privileges of Roman Catholics guaranteed under s. 93(1) at the time of Confederation were limited to the provision and funding of an elementary education and did not extend to the

Ces droits en matière d'éducation, accordés expressément aux protestants du Québec et aux catholiques romains de l'Ontario, rendent impossible de traiter tous les Canadiens également. Le pays a été fondé sur la reconnaissance de droits spéciaux ou inégaux en matière d'éducation pour certains groupes religieux précis de l'Ontario et du Québec. L'incorporation de la Charte dans la *Loi constitutionnelle de 1982* ne saurait modifier le pacte confédéral initial. Une modification constitutionnelle expresse serait nécessaire à cette fin. Or, il se dégage nettement de l'art. 29 de la Charte que ni l'al. 2a) ni l'art. 15 ne portent atteinte aux droits de la minorité en matière d'éducation (qui constituent une condition essentielle de la Confédération).

La majorité a ajouté en guise de mise en garde que sa conclusion dans cette affaire ne signifie aucunement que les écoles séparées possèdent une immunité totale contre tout examen en vertu de la *Charte*. Loin de là. Ce n'est que dans leur caractère essentiellement catholique qu'elles y échappent. Comme l'a dit la majorité, à la p. 576:

[TRADUCTION] Les lois et la Constitution, particulièrement la Charte, ne sont inapplicables aux écoles séparées que dans la mesure où elles portent atteinte au caractère catholique (ou, au Québec, protestant) de ces écoles. C'est ce caractère essentiellement catholique que visent à conserver et à protéger l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'art. 29 de la Charte. Les tribunaux doivent dans chaque cas établir un équilibre entre une conduite indispensable au bon fonctionnement d'une école catholique et une conduite qui viole certains droits garantis par la Charte, tels que les droits à l'égalité énoncés à l'art. 15 ou la liberté de conscience et de religion énoncée à l'al. 2a). Ainsi, le droit d'un conseil d'écoles catholiques de renvoyer des enseignants catholiques pour s'être mariés civilement ou avec des personnes divorcées a été maintenu car il s'agit d'une conduite qui est permise à un conseil d'écoles séparées. Mais accorderait-on la même protection à un conseil qui refuserait d'engager des femmes ou qui pratiquerait une discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques?

Le juge en chef Howland et le juge Robins étaient dissidents. Tout en reconnaissant que le par. 93(1) représente un élément fondamental de la Confédération, ils ont conclu que les droits et privilèges garantis aux catholiques par le par. 93(1) à l'époque de la Confédération se limitaient à la possibilité de dispenser un enseignement élé-

provision and funding of an education at the secondary or high school level. For that conclusion the minority relied on *Tiny* which it considered to be binding upon it. The minority added at p. 542 that "section 93(3) does not expand the rights and privileges protected by s. 93(1)".

The minority did not accept the proposition that any benefit given to separate schools in Ontario by post-Confederation legislation enacted after the *Charter* came into effect was shielded from scrutiny under the *Charter*. Section 29 of the *Charter*, they found, only applies to rights and privileges in respect of separate schools that are constitutionally guaranteed. Bill 30 does not confer any guaranteed rights or privileges. The minority added at p. 550:

In our opinion, s. 29 does not authorize the creation of new rights nor does it elevate provincial statutes creating such rights to constitutional status. If that had been the intent of the *Charter*, a clear and explicit form of words could readily have been devised to make that result manifest. As it is, the section ensures that those rights guaranteed by s. 93(1) and those rights guaranteed under the various Acts subsequent to 1867, which now by s. 52(2) have come to form part of the "Constitution of Canada", are not abrogated or derogated from by the *Charter*. The words used, given their plain and ordinary meaning, cannot be read so as to embrace rights created by post-*Charter* provincial enactments. Furthermore, to accept that s. 29 renders a statute immune from the *Charter* solely because it was enacted within the authority of the Legislature is to interpret the section in a manner directly contrary to s. 32(1)(b) of the *Charter* which makes it abundantly clear that the *Charter* applies to "all matters within the authority of the legislature of each province".

The minority found Bill 30 to be inconsistent with s. 15 of the *Charter*. In its view "[i]f the *Charter*'s right to equality without discrimination on religious grounds is to mean anything, it must mean at least that the followers of one religion are not to be the subjects of greater burdens or the beneficiaries of greater benefits imposed or provided by law than the followers of other religions" (p. 555). Bill 30, by providing benefits on the basis of religion to one religious group only, was held to be

mentaire et de recevoir un financement à cette fin, et ne s'étendaient pas à l'instruction secondaire. La minorité a fondé cette conclusion sur l'arrêt *Tiny*, par lequel elle s'estimait liée. À la page 542, la minorité ajoute que [TRADUCTION] «le par. 93(3) n'élargit pas la portée des droits et privilèges que garantit le par. 93(1)».

La minorité a rejeté le point de vue selon lequel un avantage conféré aux écoles séparées de l'Ontario par des lois adoptées après l'entrée en vigueur de la *Charte* ne peut faire l'objet d'aucun examen en vertu de celle-ci. L'article 29 de la *Charte*, d'après la minorité, ne s'applique qu'aux droits et aux privilèges à l'égard d'écoles séparées qui sont garantis par la Constitution. Le projet de loi 30 n'attribue pas de droits ou privilèges garantis. La minorité ajoute, à la p. 550:

[TRADUCTION] Selon nous, l'art. 29 n'autorise pas la création de droits nouveaux ni n'érige en textes constitutionnels les lois provinciales créant de tels droits. Si tel avait été le but de la *Charte*, on aurait pu sans difficulté concevoir des termes clairs et explicites pour manifester cet objet. Dans sa rédaction actuelle, l'article garantit que la *Charte* ne portera pas atteinte aux droits protégés par le par. 93(1) ni à ceux protégés par les différentes lois adoptées après 1867, lesquelles, suivant le par. 52(2), font maintenant partie de la «Constitution du Canada». Le sens manifeste et ordinaire des termes employés n'admet pas une interprétation qui leur ferait englober des droits créés par des textes provinciaux datant d'après l'adoption de la *Charte*. De plus, reconnaître que l'art. 29 rend la *Charte* inapplicable à une loi simplement parce que cette loi relève de la compétence de la législature qui l'a adoptée revient à donner à cet article une interprétation qui va directement à l'encontre de l'al. 32(1)(b) de la *Charte*, qui porte très clairement que celle-ci s'applique à «la législature [...] de chaque province pour tous les domaines relevant de cette législature».

La minorité a jugé le projet de loi 30 incompatible avec l'art. 15 de la *Charte*. À son avis, [TRADUCTION] «Si le droit à l'égalité, sans discrimination fondée sur la religion, garanti par la *Charte*, ne doit pas être vide de sens, il doit signifier à tout le moins que la loi ne doit pas imposer aux adeptes d'une religion des fardeaux plus lourds ou leur faire jouir d'avantages plus grands qu'elle ne le fait dans le cas des adeptes d'autres religions» (à la p. 555). On a conclu que du fait que le projet de loi

in conflict with the equality guarantee in s. 15. The minority of the Court of Appeal added that the violation of s. 15 of the *Charter* by Bill 30 could not be justified under s. 1 of the *Charter* given the multicultural and pluralistic society existing in Ontario today.

3. The Submissions of the Parties

In the hearing of this appeal the Court was greatly assisted by detailed and clear submissions from all counsel appearing before it. The large number of appellants, respondents and interveners makes it difficult to summarize in detail all the submissions that were made. Nevertheless the distinct positions of appellant and respondent may be briefly summarized.

The position advanced by many of the appellants was that the minority of the Court of Appeal was correct in law and that Bill 30 was therefore *ultra vires*. By providing Roman Catholics and Roman Catholic schools with financial benefits not made equally available to other taxpayers and other religious schools, Bill 30 violated the equality guarantee in s. 15(1) of the *Charter*. The public funding of denominational schools, they submitted, also violated freedom of religion as guaranteed by s. 2(a). The Bill could not be justified as a reasonable limit under s. 1.

The appellants also agreed with the view of the minority of the Ontario Court of Appeal that Bill 30 is not shielded from scrutiny by s. 29 of the *Charter* because s. 29 applies only to rights or privileges guaranteed by or under the Constitution itself. The rights and privileges contained in Bill 30 are, they submitted, not "guaranteed by or under the Constitution itself". The Privy Council had held in *Tiny* that Roman Catholic schools had no right in 1867 to public funding for grades 11, 12 and 13. They therefore have no constitutionally guaranteed right to such funding under s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. The *Tiny* case was correctly decided and, having been accepted and

30 conférerait à un seul groupe religieux des avantages fondés sur leur religion, il entraînait en conflit avec la garantie d'égalité à l'art. 15. La minorité en Cour d'appel a dit en outre que, compte tenu du multiculturalisme et de la diversité de la société ontarienne moderne, la violation de l'art. 15 de la *Charte* par le projet de loi 30 ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

b 3. Les arguments des parties

À l'audience relativement à ce pourvoi, les arguments clairs et détaillés présentés par tous les avocats qui ont comparu ont beaucoup facilité la tâche à cette Cour. À cause du grand nombre d'appellants, d'intimés et d'intervenants, il est difficile de résumer tous les arguments avancés. On peut néanmoins résumer les points de vue distincts adoptés par les appellants d'une part et les intimés d'autre part.

Un bon nombre des appelants ont soutenu que la minorité en Cour d'appel a raison sur le plan juridique et que le projet de loi 30 est en conséquence inconstitutionnel. Dans la mesure où il confère aux catholiques et aux écoles catholiques des avantages pécuniaires qu'il n'offrirait pas également aux autres contribuables et aux autres écoles confessionnelles, le projet de loi 30 viole la garantie d'égalité du par. 15(1) de la *Charte*. Le financement des écoles confessionnelles par les deniers publics, ont-ils fait valoir, viole en outre la liberté de religion garantie par l'al. 2a). Le projet de loi ne peut pas non plus se justifier en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier.

Les appelants ont partagé aussi l'opinion de la minorité en Cour d'appel de l'Ontario que l'art. 29 de la *Charte* ne met pas le projet de loi 30 à l'abri de tout examen, car cette disposition ne s'applique qu'aux droits ou aux privilèges garantis en vertu de la Constitution elle-même. Les droits et privilèges conférés par le projet de loi 30, toujours selon les appelants, ne sont pas [TRADUCTION] «garantis en vertu de la Constitution elle-même». Le Conseil privé avait conclu dans l'arrêt *Tiny* qu'en 1867 les écoles catholiques n'avaient pas le droit d'être financées par les deniers publics pour les onzième, douzième et treizième années d'études. L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne leur garantit

relied upon for over sixty years, should be viewed as determinative on this issue.

The respondents submitted that Bill 30 is *intra vires* under a combination of two parts of s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. They argued that under a combination of the opening words of s. 93 and s. 93(3) a provincial legislature is perfectly free, after Confederation, to enact legislation which augments the educational rights and privileges of denominational schools. If this submission is accepted, then the province is free to enact or repeal legislation such as Bill 30—it stands in the same position as any other validly enacted provincial legislation—subject only to a right of appeal to the Governor General in Council under s. 93(3) in the case of a repeal.

The respondents also made an alternative submission, namely that the legislation is *intra vires* because it returns to Roman Catholic separate school supporters in Ontario the rights and privileges they held by law in Ontario at the time of Union. These rights and privileges were constitutionally guaranteed under s. 93(1). They urged this Court to find that *Tiny* was wrongly decided and to overrule it.

On the *Charter* aspect the respondents argued that the *Charter* cannot apply to abrogate or derogate from rights acquired under s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. Some respondents submitted, in the alternative, that Bill 30 did not violate s. 2(a) or s. 15 of the *Charter* and others that, in light of the purposes of Bill 30, any violation of *Charter* rights was demonstrably justified in a free and democratic society.

4. The Issue

Before considering the merits of the appeal I want to stress, as did the Chief Justice of Ontario in the Court below, that it is not the role of the Court to determine whether as a policy matter a

donc pas un droit à un tel financement. L'arrêt *Tiny* est bien fondé en droit et, comme il a été accepté et appliqué pendant plus de soixante ans, il doit être considéré comme déterminant sur cette question.

Les intimés pour leur part invoquent deux dispositions de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour appuyer la validité du projet de loi 30. Selon eux, la disposition liminaire de l'art. 93 et le par. 93(3), pris ensemble, donnent à la législature provinciale toute liberté, après la Confédération, d'adopter des lois pour accroître les droits et privilèges des écoles confessionnelles en matière d'éducation. Si l'on retient cet argument, il s'ensuit que la province peut librement adopter ou abroger des lois telles que le projet de loi 30 (celui-ci se trouvant alors sur un pied d'égalité avec n'importe quelle loi provinciale valablement adoptée), son pouvoir à cet égard n'étant limité que par le droit d'appel devant le gouverneur général en conseil que prévoit le par. 93(3) en cas d'abrogation.

Les intimés ont soutenu subsidiairement que le texte en cause est valide parce qu'il rend aux contribuables des écoles séparées catholiques de l'Ontario les droits et privilèges dont, de par la loi, ils jouissaient en Ontario au moment de l'Union. Ces droits et privilèges sont garantis par le par. 93(1) de la Constitution. Les intimés ont en conséquence demandé à cette Cour de conclure que l'arrêt *Tiny* est mal fondé et de l'écartier.

En ce qui concerne la *Charte*, les intimés ont fait valoir que celle-ci ne saurait s'appliquer de manière à porter atteinte aux droits conférés par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Certains intimés ont prétendu, à titre subsidiaire, que le projet de loi 30 ne portait pas atteinte à l'al. 2a) ni à l'art. 15 de la *Charte*, tandis que d'autres ont soutenu que, compte tenu des buts visés par le projet de loi 30, la justification de toute violation de droits garantis par la *Charte* peut se démontrer dans une société libre et démocratique.

4. La question en litige

Avant d'entreprendre l'examen du pourvoi au fond, je tiens à souligner, comme l'a fait le juge en chef de l'Ontario en Cour d'appel, qu'il n'appartient nullement à la Cour de déterminer si, du

publicly funded Roman Catholic school system is or is not desirable. That is for the legislature. The sole issue before us is whether Bill 30 is consistent with the Constitution of Canada.

It is apparent from the reasons for judgment in the Court below and from the submissions of the parties that there are three distinct questions which must be addressed on the Reference. First, is Bill 30 a valid exercise of the provincial power in relation to education under the opening words of s. 93 and s. 93(3) of the *Constitution Act, 1867*? Second, is Bill 30 a valid exercise of provincial power because it returns to Roman Catholic separate school supporters rights which were constitutionally guaranteed to them by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*? We are urged to decide this question regardless of our answer to the first question in order to obviate any further controversy concerning the rights and privileges of Roman Catholic separate school supporters in the Province of Ontario. The final question which must be examined if an affirmative answer is given to either or both of the above questions is whether the *Constitution Act, 1982* and, in particular, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is applicable to Bill 30 and, if so, to what extent and with what effect. I shall examine these issues in turn.

(a) *The Opening Words of s. 93 and s. 93(3) of the Constitution Act, 1867*

The provisions of the *Constitution Act, 1867* which are especially relevant to the first question are as follows:

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions:—

(3) Where in any Province a System of Separate or Dissident Schools exists by Law at the Union or is thereafter established by the Legislature of the Province,

point de vue de la politique générale, il est souhaitable qu'il y ait un système scolaire catholique financé par les fonds publics. C'est au législateur qu'incombe cette tâche-là. Le seul point litigieux dont nous nous trouvons saisis est celui de la compatibilité du projet de loi 30 avec la Constitution du Canada.

Il ressort des motifs de jugement rédigés en Cour d'appel et des arguments des parties que trois questions distinctes doivent être traitées dans le cadre de ce renvoi. En premier lieu, le projet de loi 30 constitue-t-il un exercice valide du pouvoir provincial sur l'éducation, conféré par la disposition liminaire de l'art. 93 et par le par. 93(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? En second lieu, le projet de loi 30 constitue-t-il un exercice valide du pouvoir provincial dans la mesure où il rend aux contribuables des écoles séparées catholiques les droits que leur reconnaît constitutionnellement le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? On nous demande de trancher ce point indépendamment de notre réponse à la première question, afin d'obvier à toute controverse future au sujet des droits et privilèges des contribuables des écoles séparées catholiques de la province de l'Ontario. La dernière question à examiner dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à l'une ou l'autre question susmentionnée ou aux deux est de savoir si la *Loi constitutionnelle de 1982* et, en particulier, la *Charte canadienne des droits et libertés*, s'applique au projet de loi 30 et, si oui, dans quelle mesure et avec quel effet. J'examinerai tour à tour chacune de ces questions.

a) *La disposition liminaire de l'art. 93 et le par. 93(3) de la Loi constitutionnelle de 1867*

Les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui touchent tout particulièrement la première question sont les suivantes:

93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:

(3) dans toute province où un système d'écoles séparées ou dissidentes existe en vertu de la loi, lors de l'Union, ou sera subséquemment établi par la législature

an Appeal shall lie to the Governor General in Council from any Act or Decision of any Provincial Authority affecting any Right or Privilege of the Protestant or Roman Catholic Minority of the Queen's Subjects in relation to Education:

On their face these provisions would appear to support the view that Bill 30 is a valid exercise of legislative power by the provincial legislature. The opening words of s. 93 vest an exclusive plenary power over education in the Province "subject and according to" the provisions that follow. Section 93(3) does not appear to derogate in any way from that power. It seems rather to contemplate its exercise where a province has a separate or dissident school system by law at the time of Union or establishes one at any time after Union. In either of these circumstances it provides that "any Act or Decision of any Provincial Authority" affecting the rights or privileges of the province's Protestant or Roman Catholic minority shall be subject to appeal to the Governor General in Council. The enactment of legislation would seem to be an "Act or Decision" and "Provincial Authority" has been interpreted by the Privy Council as including a provincial legislature: see *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, at pp. 220-21, and see also the Privy Council's judgment in *Tiny* at p. 371. Section 93(3) would appear, therefore, to provide in express terms for an appeal to the Governor General in Council from legislation passed by a provincial legislature which affects the rights and privileges of denominational minorities.

Counsel for the appellants submitted that s. 93 should be interpreted along the following lines. Section 93(1) permits a *legal* recourse if rights or privileges *at law* are prejudicially affected. For provinces where a denominational school system exists, s. 93(3) adds a *political* recourse if rights or privileges not *at law* are prejudicially affected. So, the appellants submit, s. 93(3) has a different and more limited purpose than that contended for by the respondents; it provides a remedy for acts or decisions affecting rights or privileges not at law. I do not find this analysis of s. 93 persuasive. If the

de la province, il pourra être interjeté appel au gouverneur général en conseil de tout acte ou décision d'une autorité provinciale affectant l'un quelconque des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de la Reine relativement à l'éducation;

À première vue, ces dispositions paraissent appuyer le point de vue selon lequel le projet de loi 30 représente un exercice valide du pouvoir législatif de la législature provinciale. La disposition liminaire de l'art. 93 investit la province d'un pouvoir exclusif en matière d'éducation «sous réserve et en conformité des» dispositions qui suivent. Le paragraphe 93(3) ne paraît restreindre d'aucune manière ce pouvoir. Il semble au contraire envisager son exercice dans chaque province qui, lors de l'Union, est dotée par la loi d'un système d'écoles séparées ou dissidentes ou qui en crée un à n'importe quel moment après l'Union. Dans l'un ou l'autre de ces cas, il prévoit que «tout acte ou décision d'une autorité provinciale» affectant les droits ou les privilèges de la minorité protestante ou catholique de la province pourra faire l'objet d'un appel devant le gouverneur général en conseil. Or, l'adoption d'une loi semble constituer un «acte ou décision» et, selon l'interprétation du Conseil privé, l'expression «autorité provinciale» comprend une législature provinciale: voir l'arrêt *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, aux pp. 220 et 221, et voir aussi la p. 371 de l'arrêt *Tiny* du Conseil privé. Il appert donc que le par. 93(3) prévoit expressément un appel au gouverneur général en conseil de toute loi adoptée par une législature provinciale ayant une incidence sur les droits et privilèges de minorités religieuses.

Les avocats des appelants soutiennent que l'art. 93 doit s'interpréter de la manière exposée ci-après. Le paragraphe 93(1) permet un recours *devant les tribunaux* s'il y a atteinte à des droits ou privilèges *découlant d'une loi*. Pour les provinces où il existe un système d'écoles confessionnelles, le par. 93(3) ajoute un recours *politique* dans le cas d'une atteinte à des droits ou privilèges qui ne *découlent pas d'une loi*. En conséquence, disent les appelants, le but du par. 93(3) est différent de celui que lui prêtent les intimés et sa portée est plus restreinte, il prévoit un recours à l'égard

expression “by Law” as used in s. 93(1) has the broad meaning adopted by Anglin C.J. in *Tiny*, i.e., as tantamount to “permitted by law”, then it is hard to think of any right or privilege not “by law” in that sense. If the appellants’ submissions were accepted, s. 93(3) would effectively become otiose. It is also difficult to imagine why a constitutional right of appeal would have been conferred from the removal of a right or privilege which was never formally and legally granted by the legislature.

In my view, s. 93(3) in no way limits the exercise of the province’s plenary power. Rather, it expressly contemplates that after Confederation a provincial legislature may, pursuant to its plenary power, pass legislation which augments the rights or privileges of denominational school supporters. It would be strange, indeed, if the system of separate schools in existence at Confederation were intended to be frozen in an 1867 mold.

Prior authority would seem to support this view of s. 93. In *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445 (P.C.), the constitutionality of the Manitoba *Public Schools Act*, S.M. 1890, c. 38, was in issue. It was argued that the Manitoba statute was invalid as contravening s. 22 of *The Manitoba Act, 1870*, R.S.C. 1970, App., which forbade the provincial legislature from “prejudicially affect[ing] any right or privilege with respect to Denominational Schools which any class of persons have, by Law or practice in the Province at the Union”. It is apparent that this provision differs from s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* in only one respect—it extends constitutional protection not only to rights and privileges held by law but also to those held “by practice”. The parties in *Barrett* accepted that there was such a practice existing at the time of Union. Denominational schools could be set up at supporters’ own expense and could be maintained by voluntary contributions or school fees. The schools could also be conducted in accordance with the supporters’ own religious tenets. These “practices” were guar-

d’actes ou de décisions touchant des droits ou privilèges qui ne découlent pas d’une loi. À mon avis, cette analyse de l’art. 93 n’est pas convaincante. Si l’expression «conféré par la loi» employée au par. 93(1) a le sens large d’«autorisé par la loi» que lui a donné le juge en chef Anglin dans l’arrêt *Tiny*, il est difficile à ce moment-là de concevoir un droit ou un privilège qui ne soit pas conféré «par la loi» dans ce sens-là. Si l’on devait retenir les arguments des appelants, le par. 93(3) deviendrait pratiquement lettre morte. D’ailleurs, on comprend mal pourquoi la Constitution aurait conféré un droit d’interjeter appel de l’abolition d’un droit ou d’un privilège que la législature n’avait jamais consacré dans une loi.

À mon avis, le par. 93(3) ne limite en aucune façon l’exercice du pouvoir absolu de la province. En effet, il prévoit expressément qu’après la Confédération une législature provinciale pourra, conformément à ses pouvoirs absolus, adopter des lois qui ajouteront des droits ou privilèges aux contribuables des écoles confessionnelles. Il serait d’ailleurs étrange qu’on ait voulu que le système des écoles séparées existant à la Confédération soit figé dans son moule de 1867.

La jurisprudence semble également appuyer cette interprétation du par. 93(3). Dans l’affaire *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445 (P.C.), il était question de la constitutionnalité de *The Public Schools Act*, S.M. 1890, chap. 38, du Manitoba. On a allégué l’invalidité de cette loi manitobaine parce qu’elle contrevenait à l’art. 22 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.R.C. 1970, app., qui interdisait à la législature provinciale de «préjudicier à aucun droit ou privilège conféré, lors de l’Union, par la loi ou par la coutume à aucune classe particulière de personnes dans la province, relativement aux écoles séparées.» Il est évident que cette disposition ne présente qu’une différence avec le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*: elle accorde la protection constitutionnelle non seulement aux droits et privilèges conférés par la loi mais aussi à ceux conférés «par la coutume». Les parties dans l’affaire *Barrett* ont reconnu l’existence d’une telle coutume lors de l’Union. Des écoles confessionnelles pouvaient être établies aux frais de ceux qui les soutenaient et leur maintien pouvait être assuré au moyen de contributions

anted by s. 22 of the *Manitoba Act, 1870*. The Privy Council ultimately held in *Barrett* that the 1890 legislation did not prejudicially affect those rights. But what was never questioned, either in argument or by their Lordships, was that the provincial legislature could, after the Union, validly pass legislation which augmented minority educational rights.

Having failed to establish that the provincial legislation prejudicially affected any right or privilege with respect to denominational schools that was held at the time of Union, the Roman Catholic school supporters in Manitoba sought to appeal pursuant to s. 22(2) of the *Manitoba Act, 1870*. That section, substantially similar to s. 93(3) of the *Constitution Act, 1867*, conferred a right of appeal from an act or decision by a provincial authority affecting rights or privileges of the Roman Catholic minority in relation to education. It fell to the Privy Council in *Brophy, supra*, to decide whether the right of denominational minorities in Manitoba to appeal to the Governor General in Council under s. 22(2) of the *Manitoba Act, 1870* applied where legislation (the *Manitoba Public Schools Act*) was passed affecting rights and privileges which had been granted by post-Confederation legislation. The rights and privileges which were granted to the Roman Catholic minority by this post-Confederation legislation were summarized by Lord Halsbury L.C. in *Brophy* at p. 227:

... there existed denominational schools, of which the control and management were in the hands of Roman Catholics, who could select the books to be used and determine the character of the religious teaching. These schools received their proportionate share of the money contributed for school purposes out of the general taxation of the province, and the money raised for these purposes by local assessment was, so far as it fell upon Catholics, applied only towards the support of Catholic schools.

The Privy Council held that the right of appeal did apply in respect of rights and privileges originally

volontaires ou de frais de scolarité. De plus, ces écoles pouvaient fonctionner en conformité avec les principes religieux de leurs contribuables. Ces «coutumes» étaient garanties par l'art. 22 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Le Conseil privé a finalement conclu dans l'arrêt *Barrett* que la loi de 1890 ne préjudiciait pas à ces droits. Mais ni les avocats ni les lords n'ont jamais mis en doute la compétence de la législature provinciale pour adopter validement, après l'Union, des lois qui accroissaient les droits de la minorité en matière d'éducation.

N'ayant pu établir que la législation provinciale a préjudicié à un droit ou privilège relativement aux écoles confessionnelles qui existaient au moment de l'Union, les contribuables des écoles catholiques du Manitoba ont tenté d'interjeter appel en vertu du par. 22(2) de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Cette disposition, dont les termes sont sensiblement les mêmes que ceux du par. 93(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, confère un droit d'appel d'un acte ou d'une décision d'une autorité provinciale affectant des droits ou privilèges de la minorité catholique relativement à l'éducation. Le Conseil privé, dans l'affaire *Brophy*, précitée, eut donc pour tâche de décider si le droit des minorités religieuses au Manitoba d'interjeter appel au gouverneur général en conseil en vertu du par. 22(2) de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* pouvait s'exercer dans un cas où l'on avait adopté une loi (*The Public Schools Act* du Manitoba) affectant les droits et privilèges conférés par une loi adoptée après la Confédération. Les droits et privilèges accordés à la minorité catholique par cette dernière loi ont été résumés par le lord chancelier, lord Halsbury, dans l'arrêt *Brophy*, à la p. 227:

[TRADUCTION] ... il existait des écoles confessionnelles dont la direction et l'administration relevaient de catholiques, qui pouvaient choisir les manuels qui seraient utilisés et décider du caractère de l'instruction religieuse qui serait dispensée. Ces écoles recevaient sur les revenus généraux de la province leur part proportionnelle des deniers destinés à l'éducation et les fonds levés localement à ces fins, dans la mesure où ils provenaient de catholiques, n'étaient affectés qu'aux écoles catholiques.

Le Conseil privé a conclu à l'existence d'un droit d'appel à l'égard des droits et privilèges originaire-

granted by post-Confederation legislation. What was again never questioned by the Privy Council was the ability of the Manitoba Legislature to add to the educational rights and privileges of denominational school supporters if it saw fit to do so. The Lord Chancellor stated at p. 219:

The question then arises, does the sub-section extend to rights and privileges acquired by legislation subsequent to the Union? It extends in terms to "any" right or privilege of the minority affected by an Act passed by the Legislature, and would therefore seem to embrace all rights and privileges existing at the time when such Act was passed. Their Lordships see no justification for putting a limitation on language thus unlimited. There is nothing in the surrounding circumstances, or in the apparent intention of the Legislature, to warrant any such limitation. Quite the contrary.

The Lord Chancellor later in his judgment considered s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. He commented at p. 220:

Their Lordships being of opinion that the enactment which governs the present case is the 22nd section of the Manitoba Act, it is unnecessary to refer at any length to the arguments derived from the provisions of sect. 93 of the British North America Act. But in so far as they throw light on the matter they do not in their Lordships' opinion weaken, but rather strengthen the views derived from a study of the later enactment. It is admitted that the 3rd and 4th sub-sections of sect. 93 (the latter of which is, as has been observed, identical with sub-sect. 3 of sect. 22 of the Manitoba Act) were not intended to have effect merely when a provincial Legislature had exceeded the limit imposed on its powers by sub-sect. 1, for sub-sect. 3 gives an appeal to the Governor-General, not only where a system of separate or dissentient schools existed in a province at the time of the Union, but also where in any province such a system was "thereafter established by the Legislature of the province". It is manifest that this relates to a state of things created by post-Union legislation.

The decisions of the Privy Council in *Barrett* and *Brophy* clearly indicate, although admittedly by way of *obiter*, that it is *intra vires* a province to pass denominational schools legislation after Union, the repeal of which may be subject to an appeal to the Governor General in Council. In my view, subject to the comments I shall make con-

ment conférés par des lois adoptées après la Confédération. Mais, une fois de plus, le Conseil privé ne s'est pas interrogé sur la compétence du législateur manitobain pour ajouter aux droits et privilèges des contribuables des écoles confessionnelles en matière d'éducation s'il le jugeait à propos. Le lord chancelier a affirmé, à la p. 219:

[TRADUCTION] La question qui se pose alors est de savoir si ce paragraphe s'étend aux droits et privilèges acquis par voie législative après l'Union. Selon ses termes exprès, il s'applique à «quelqu'un» des droits ou privilèges de la minorité affectés par une loi de la législature et semble en conséquence englober tous les droits et privilèges existant au moment de l'adoption d'une telle loi. Leurs Seigneuries ne voient aucune raison d'imposer une restriction à une disposition dont la portée n'est pas limitée. Ni les circonstances générales ni l'intention apparente de la législature ne justifient une telle restriction. Bien au contraire.

Plus loin dans ses motifs, le lord chancelier examine l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À la page 220, il fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] Comme leurs Seigneuries estiment que c'est l'art. 22 de la Loi sur le Manitoba qui s'applique en l'espèce, point n'est besoin d'entreprendre une analyse détaillée des arguments fondés sur les dispositions de l'art. 93 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Toutefois, dans la mesure où ces arguments nous éclairent sur la question, leurs Seigneuries sont d'avis que, loin d'affaiblir les opinions formées à la suite d'une étude de ce dernier texte, ils les renforcent. Il est admis que les par. 93(3) et 93(4) (ce dernier étant, comme on l'a fait remarquer, identique au par. 22(3) de la Loi sur le Manitoba) ne sont pas censés seulement jouer lorsqu'une législature provinciale dépasse la limite qu'impose à ses pouvoirs le par. (1), car le par. (3) prévoit un appel devant le gouverneur général, non seulement lorsqu'un système d'écoles séparées ou dissidentes existait dans une province lors de l'Union, mais aussi lorsqu'un tel système a été «subséquentement établi par la législature de la province». De toute évidence, on y vise une situation créée par des lois adoptées postérieurement à l'Union.

Les arrêts du Conseil privé *Barrett* et *Brophy* indiquent clairement, quoiqu'il est vrai dans des opinions incidentes, que depuis l'Union une province a compétence pour adopter des lois concernant les écoles confessionnelles, lois dont l'abrogation peut donner lieu à un appel au gouverneur général en conseil. À mon avis, sous réserve des

cerning s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* and the *Charter of Rights*, Bill 30 stands in precisely the same constitutional position as the various Acts of the Manitoba Legislature prior to 1890 which augmented the educational rights and privileges of the Roman Catholic minority in that province.

The purpose and history of s. 93 would seem to support this interpretation. The protection of minority religious rights was a major preoccupation during the negotiations leading to Confederation because of the perceived danger of leaving the religious minorities in both Canada East and Canada West at the mercy of overwhelming majorities. Given the importance of denominational educational rights at the time of Confederation, it seems unbelievable that the draftsmen of the section would not have made provision for future legislation conferring rights and privileges on religious minorities in response to new conditions. In his address to the British Parliament in which he proposed second reading of the *British North America Act*, see *U.K., H.L., Parliamentary Debates*, 3rd ser., vol. 185, col. 557, at p. 565, February 19, 1867, Lord Carnarvon explained the purpose of s. 93 in terms of a guarantee of equality:

... the object of the clause [s. 93] is to secure to the religious minority of one province the same rights, privileges and protection which the religious minority of another Province may enjoy. The Roman Catholic minority of Upper Canada, the Protestant minority of Lower Canada and the Roman Catholic minority of the Maritime Provinces, will thus stand on a footing of entire equality.

Some time after Confederation in the debate re second reading of Bill No. 58, *The Remedial Act* (Manitoba), in *Debates of the House of Commons*, 6th Sess., 7th Parliament, 59 Vict. 1896, col. 2719, at 2724, March 3, 1896, Sir Charles Tupper confirmed that s. 93 was part of a solemn pact resulting from the bargaining which made Confederation possible:

... I say it within the knowledge of all these gentlemen ... that but for the consent to the proposal of the Hon.

observations que je ferai relativement au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à la *Charte des droits*, le projet de loi 30 se trouve dans la même situation constitutionnelle que les différentes lois manitobaines adoptées antérieurement à 1890 qui ont ajouté aux droits et privilèges de la minorité catholique de cette province en matière d'éducation.

Le but de l'art. 93 et son histoire semblent étayer cette interprétation. La protection des droits religieux des minorités constituait une préoccupation majeure lors des négociations qui ont abouti à la Confédération parce qu'on craignait que les minorités religieuses de l'Est et de l'Ouest canadiens ne soient livrées à la merci de majorités écrasantes. Étant donné l'importance que revêtaient à l'époque de la Confédération les droits des différentes confessions en matière d'éducation, il semble incroyable que les rédacteurs du paragraphe en question n'aient pas envisagé des lois futures conférant des droits et des privilèges aux minorités religieuses pour faire face à des situations nouvelles. Dans un discours prononcé devant le Parlement britannique, dans lequel il proposait l'adoption en deuxième lecture de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, voir *U.K., H.L., Parliamentary Debates*, 3rd ser., vol. 185, col. 557, à la p. 565, 19 février 1867, lord Carnarvon a expliqué que l'art. 93 constituait une garantie d'égalité:

[TRADUCTION] ... l'objet de la disposition [l'art. 93] est d'assurer à la minorité religieuse d'une province la même protection et les mêmes droits et privilèges que ceux dont peut jouir la minorité religieuse d'une autre province. La minorité catholique du Haut-Canada, la minorité protestante du Bas-Canada et la minorité catholique des provinces maritimes seront en conséquence sur un pied de parfaite égalité.

Plusieurs années après la Confédération, au cours des débats sur la deuxième lecture du projet de loi n° 58 intitulé l'*Acte réparateur* (Manitoba), dans *Débats de la Chambre des communes*, 6^e sess., 7^e Parlement, 59 Vict. 1896, col. 2395, aux col. 2399 et 2400, 3 mars 1896, sir Charles Tupper a confirmé que l'art. 93 faisait partie d'un pacte solennel résultant des négociations qui ont rendu possible la Confédération:

... je le dis à la connaissance de tous ces messieurs [...] sans l'adoption de la proposition de l'honorable sir

Sir Alexander Galt, who represented especially the Protestants of the great province of Quebec on that occasion, but for the assent of that conference to the proposal of Sir Alexander Galt, that in the Confederation Act should be embodied a clause which would protect the rights of minorities, whether Catholic or Protestant, in this country, there would have been no Confederation . . . I say, therefore, it is important, it is significant that without this clause, without this guarantee for the rights of minorities being embodied in that new constitution, we should have been unable to obtain any confederation whatever. That is my reason for drawing attention to it at present.

Judicial authority affirms that religion was of fundamental importance. As the Privy Council stated in *Brophy, supra*, at p. 214:

There can be no doubt that the views of the Roman Catholic inhabitants of Quebec and Ontario with regard to education were shared by the members of the same communion in the territory which afterwards became the Province of Manitoba. They regarded it as essential that the education of their children should be in accordance with the teachings of their Church, and considered that such an education could not be obtained in public schools designed for all the members of the community alike, whatever their creed, but could only be secured in schools conducted under the influence and guidance of the authorities of their Church. [Emphasis added.]

The compromise or, as Duff C.J. in the *Reference Re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398 at p. 402, termed it, "the basic compact of Confederation", was that rights and privileges already acquired by law at the time of Confederation would be preserved and provincial legislatures could bestow additional new rights and privileges in response to changing conditions. As was said by Meredith C.J.C.P. in *Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa* (1915), 34 O.L.R. 624 (reversed on other grounds), it was not intended that separate schools should be "left forever in the educational wilderness of the enactments in force in 1867" (p. 630). Instead, he said, "the machinery may be altered, the educational methods may be changed, from time to time, to keep pace with advanced educational systems." While these new rights and privileges could be legally repealed by the Legislature at a future date, a safeguard

Alexander Galt, qui représentait tout spécialement les protestants de la grande province de Québec, si l'on n'eût pas consenti à mettre dans l'Acte de la Confédération une disposition protégeant les droits des minorités, catholiques ou protestantes, dans ce pays, il n'y aurait pas eu de confédération [...] Je dis donc qu'il est important, qu'il est significatif de noter que, sans l'insertion dans la nouvelle constitution de cet article, de cette garantie des droits des minorités, nous n'aurions pas eu de confédération du tout.

L'importance capitale de la question religieuse se dégage de la jurisprudence. Comme l'a dit le Conseil privé dans l'arrêt *Brophy*, précité, à la p. 214:

[TRADUCTION] Il ne fait pas de doute que les vues des habitants catholiques du Québec et de l'Ontario relativement à l'éducation étaient partagées par les membres de la même confession du territoire qui est devenu par la suite la province du Manitoba. Ils tenaient pour essentiel que l'éducation de leurs enfants soit conforme aux dogmes de leur Église, et ils estimaient qu'une telle instruction ne pouvait être obtenue dans des écoles publiques destinées à tous les membres de la société, peu importe leurs croyances, mais ne pouvait être dispensée que dans des écoles qui fonctionnaient sous l'influence et la direction des autorités de leur Église. [C'est moi qui souligne.]

Le compromis ou, pour reprendre l'expression qu'a employée le juge en chef Duff dans le *Reference Re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, à la p. 402, «l'élément fondamental de la Confédération», consistait en ceci: que les droits et privilèges déjà conférés par la loi au moment de la Confédération seraient sauvegardés et les législatures provinciales pourraient en accorder d'autres au fur et à mesure que les conditions changeaient. Comme l'a dit le juge en chef Meredith, juge en chef des plaid communs, dans l'affaire *Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa* (1915), 34 O.L.R. 624 (décision infirmée pour d'autres motifs), on n'a pas voulu que les écoles séparées soient [TRADUCTION] «à tout jamais laissées dans le désert éducationnel des textes législatifs en vigueur en 1867» (à la p. 630). Au contraire, a-t-il ajouté, [TRADUCTION] «les mécanismes peuvent être modifiés et les méthodes d'enseignement changées pour refléter

against their repeal as a result of local pressure insensitive to minority rights was provided by the inclusion of a right of appeal to the Governor General in Council under s. 93(3). This would appear to have also been the view of the Lord Chancellor in *Brophy*. He clearly believed that the purpose of s. 93(3) was to protect minorities in both Ontario and Quebec against the subsequent repeal of rights created after Confederation. He said at p. 223:

Bearing in mind the circumstances which existed in 1870, it does not appear to their Lordships an extravagant notion that in creating a Legislature for the province with limited powers it should have been thought expedient, in case either Catholics or Protestants became preponderant, and rights which had come into existence under different circumstances were interfered with, to give the Dominion Parliament power to legislate upon matters of education so far as was necessary to protect the Protestant or Catholic minority as the case might be.

I do not believe that the comments made by Beetz J. (for the majority) in *Société des Acadiens v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, foreclose a purposive approach to s. 93. In that case, Beetz J. (Estey, Chouinard, Lamer and Le Dain JJ. concurring) stated at p. 578:

Unlike language rights which are based on political compromise, legal rights tend to be seminal in nature because they are rooted in principle. Some of them, such as the one expressed in s. 7 of the *Charter*, are so broad as to call for frequent judicial determination.

Language rights, on the other hand, although some of them have been enlarged and incorporated into the *Charter*, remain nonetheless founded on political compromise.

This essential difference between the two types of rights dictates a distinct judicial approach with respect to each. More particularly, the courts should pause before they decide to act as instruments of change with respect to language rights. This is not to say that

les progrès dans le domaine de l'éducation». Bien que le législateur puisse à une date ultérieure légalement supprimer ces droits et privilèges nouveaux, le par. 93(3), du fait qu'il prévoit un droit d'appel au gouverneur général en conseil, offre une garantie contre leur abolition par suite de pression locale exercée par des gens indifférents aux droits de la minorité. Tel paraît avoir été également l'avis du lord chancelier dans l'arrêt *Brophy*. Il croyait de toute évidence que le par. 93(3) avait pour but de protéger les minorités tant de l'Ontario que du Québec contre la suppression de droits conférés postérieurement à la Confédération. Il a dit, à la p. 223:

[TRADUCTION] Compte tenu de la situation qui régnait en 1870, il n'y a, de l'avis de leurs Seigneuries, rien d'extravagant à affirmer qu'en créant une législature provinciale dotée de pouvoirs limités, on a jugé opportun, au cas où les catholiques ou les protestants deviendraient prépondérants et où il y aurait atteinte à des droits qui avaient pris naissance dans des circonstances différentes, d'investir le Parlement du Canada du pouvoir de légiférer relativement à l'éducation dans la mesure où cela s'avérait nécessaire pour protéger la minorité protestante ou catholique, selon le cas.

Je ne crois pas que les observations qu'a faites le juge Beetz (au nom de la majorité) dans l'arrêt *Société des Acadiens c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, écartent une interprétation de l'art. 93 qui tient compte de son but. Dans cet arrêt, le juge Beetz (à l'avis duquel ont souscrit les juges Estey, Chouinard, Lamer et Le Dain) a écrit, à la p. 578:

À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes. Certaines d'entre elles, par exemple celle énoncée à l'art. 7 de la *Charte*, sont formulées de manière si large que les tribunaux seront souvent appelés à les interpréter.

D'autre part, même si certains d'entre eux ont été élargis et incorporés dans la *Charte*, les droits linguistiques ne reposent pas moins sur un compromis politique.

Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques. Cela ne veut

language rights provisions are cast in stone and should remain immune altogether from judicial interpretation. But, in my opinion, the courts should approach them with more restraint than they would in construing legal rights.

While due regard must be paid not to give a provision which reflects a political compromise too wide an interpretation, it must still be open to the Court to breathe life into a compromise that is clearly expressed. The contextual background of s. 93 is being reviewed in these reasons not for the purpose of enlarging upon the compromise but in order to confirm its precise content. The contextual background suggests that part of the compromise was that future legislation on the part of the province with respect to separate denominational schools was permissible. The province was to be able to grant new rights and privileges to denominational schools after Union in response to new conditions but that subsequent repeal of those post-Union rights or privileges would be subject to an appeal to the Governor General in Council. This is apparent from the very text of s. 93. I would therefore conclude, subject to the comments that follow concerning the applicability of the *Charter of Rights* to Bill 30, that Bill 30 is a valid exercise of the provincial power to add to the rights and privileges of Roman Catholic separate school supporters under the combined effect of the opening words of s. 93 and s. 93(3) of the *Constitution Act, 1867*.

(b) *Section 93(1) of the Constitution Act, 1867*

While, strictly speaking, it may be unnecessary in light of the above to consider whether the Roman Catholic separate schools in Ontario have a constitutionally guaranteed right to full funding by virtue of s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, I shall address the issue since full argument was made on it during the lengthy hearing before the Court. It also has relevance to the submissions made by the parties on the applicability of the *Charter*.

pas dire que les dispositions relatives aux droits linguistiques sont immuables et qu'elles doivent échapper à toute interprétation par les tribunaux. Je crois cependant que les tribunaux doivent les aborder avec plus de retenue qu'ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques.

Bien qu'il faille se garder d'interpréter d'une manière trop large une disposition qui traduit un compromis politique, il doit tout de même être loisible à la Cour d'insuffler la vie à un compromis clairement exprimé. L'étude du contexte de l'art. 93 entreprise dans les présents motifs vise non pas à expliquer le compromis qui est intervenu, mais à en confirmer la nature exacte. Or, le contexte indique que le compromis consistait en partie à permettre à la province de légiférer relativement aux écoles confessionnelles séparées. La province devait être habilitée à conférer des droits et privilèges nouveaux aux écoles confessionnelles après l'Union pour faire face à des situations nouvelles, mais l'abolition subséquente des droits ou privilèges ainsi conférés pourrait faire l'objet d'un appel au gouverneur général en conseil. C'est ce qui ressort du texte même de l'art. 93. Je conclus en conséquence, sous réserve des observations qui suivent concernant l'applicabilité de la *Charte des droits* au projet de loi 30, que celui-ci représente un exercice valable du pouvoir de la province d'ajouter aux droits et privilèges des contribuables des écoles séparées catholiques en vertu de la disposition liminaire de l'art. 93 et des dispositions du par. 93(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, prises ensembles.

b) *Le paragraphe 93(1) de la Loi constitutionnelle de 1867*

Bien que, à proprement parler, il puisse être inutile, compte tenu de ce qui précède, de se demander si les écoles catholiques romaines séparées de l'Ontario jouissent d'un droit constitutionnel au plein financement en raison du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, je vais néanmoins aborder cette question puisqu'elle a fait l'objet d'un débat en bonne et due forme au cours de la longue audience devant cette Cour. Elle a aussi une certaine pertinence à l'égard des arguments qu'ont fait valoir les parties au sujet de l'applicabilité de la *Charte*.

Section 93(1) of the *Constitution Act, 1867* provides:

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:

It is immediately apparent that the scope of the rights and privileges protected under the section must be determined by ascertaining the rights and privileges in existence at the time of the Union. Was there any right or privilege entitling denominational secondary schools to full funding by law at the time of Confederation? To answer this it is necessary to consider the history of pre-Confederation legislation pertaining to education in Upper Canada. It is also necessary to consider the decision of the Privy Council in *Tiny* in which the effect of such legislation was reviewed.

(i) *The Situation Prior to Confederation*

Prior to Confederation there were three main classes of schools in Upper Canada—common schools, grammar schools and separate schools. There was no counterpart of today's secondary school. In fact the evidence discloses that the word "secondary" was not used to describe any portion of the school system in Ontario until the end of the nineteenth century. Terms such as "high school" and "superior education" were used from time to time but as Professor Gidney, a historian who testified on behalf of the respondents, states in his affidavit, "ambiguities and contradictions in the phraseology used to identify educational institutions and their relationship to each other" appear to be common. Given the difficulty of terminology Professor Gidney concluded in his affidavit that "we are left with the task of interpreting contemporaries' usage as sensitively as possible in order to elucidate their intentions and their shared understandings of things". It must be remembered, however, that s. 93(1) only protects rights and privileges guaranteed by law. Our task therefore is to examine the laws in force prior to Confederation

Le paragraphe 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* porte:

93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

On voit tout de suite que la portée des droits et privilèges garantis par l'article doit être déterminée en vérifiant les droits et privilèges qui existaient au moment de l'Union. Y avait-il quelque droit ou privilège donnant aux écoles confessionnelles de niveau secondaire le droit au plein financement, selon la loi, à l'époque de la Confédération? Pour répondre à cela, il est nécessaire d'examiner l'historique de la législation antérieure à la Confédération portant sur l'enseignement dans le Haut-Canada. Il est nécessaire aussi d'étudier l'arrêt *Tiny* du Conseil privé dans lequel on a examiné l'effet de cette législation.

(i) *La situation avant la Confédération*

Avant la Confédération, il y avait trois principales catégories d'écoles dans le Haut-Canada: les écoles communes, les lycées ou écoles de grammaire, et les écoles séparées. Il n'y avait pas l'équivalent des écoles secondaires d'aujourd'hui. En fait, il ressort de la preuve que le terme «secondaire» n'a été utilisé pour décrire une partie quelconque du système scolaire de l'Ontario qu'à la fin du dix-neuvième siècle. Des termes tels *high school* et [TRADUCTION] «éducation supérieure» étaient parfois employés mais, comme l'affirme dans son affidavit le professeur Gidney, un historien qui a témoigné pour le compte des intimés: [TRADUCTION] «les ambiguïtés et les contradictions dans la phraséologie employée pour décrire les institutions d'enseignement et leurs rapports entre elles» semblent être monnaie courante. Compte tenu de cette difficulté de terminologie, le professeur Gidney conclut ceci dans son affidavit: [TRADUCTION] «nous nous trouvons dans l'obligation d'interpréter les usages des contemporains, avec la plus grande prudence possible, afin d'élucider leurs intentions et leur compréhension com-

to see what rights or privileges they gave. Whether various bodies or officials were in fact exercising the powers statutorily conferred upon them is irrelevant to our inquiry.

The first Upper Canada legislation dealing with public schools was the *Public Schools Act* [*An Act to establish Public Schools in each and every District of this Province*], 47 Geo. 3, c. 6. That Act made provision for the establishment of "one public school in each and every district of this Province" (s. 2) and the appointment of trustees to manage the schools (s. 4) and "make such rules and regulations for the good government and management of the said public schools" (s. 5). By virtue of the *Common Schools Act* [*An Act granting to His Majesty a sum of money, to be applied to the use of common schools throughout this province, and to provide for the regulations of said common schools*], 56 Geo. 3, c. 36 these schools were renamed "common schools"; provision was made for the establishment of more schools (ss. 1-3); trustees were given the express power to remove teachers (s. 5) and to "make rules and regulations for the good government of the . . . common schools" (s. 6). Certain duties were imposed upon the trustees to report to Boards of Education on such matters as the books used in the schools (s. 8) and Boards of Education were given the power to apportion monies granted by the Legislature for the common schools (s. 13). The schools were named "common schools" because their function was to provide an education for the common or average person.

An Act to provide for the advancement of Education in this Province, 2 Vict., c. 10 put the various "grammar schools" which had developed in Upper Canada on a statutory footing. A board of trustees for each school was established which would superintend these schools and receive

munere des choses». Toutefois, il faut se rappeler que le par. 93(1) ne protège que les droits et privilèges garantis par la loi. Notre tâche donc consiste à examiner les lois en vigueur avant la Confédération, afin de découvrir quels droits ou privilèges elles conféraient. Il nous importe peu, aux fins de notre analyse, de savoir si les divers corps constitués ou les officiers publics exerçaient effectivement les pouvoirs que la loi leur conférait.

La première loi du Haut-Canada qui traite des écoles publiques a été la *Public Schools Act* [*An Act to establish Public Schools in each and every District of this Province*], 47 Geo. 3, chap. 6. Cette loi prévoyait la création [TRADUCTION] d'une école publique dans tous et chacun des districts de cette province» (art. 2) et la nomination de syndics, responsables de la direction de ces écoles (art. 4) et chargés [TRADUCTION] d'édicter les règles et règlements nécessaires à la bonne direction et administration desdites écoles publiques» (art. 5). En vertu de la *Common Schools Act* [*An Act granting to His Majesty a sum of money, to be applied to the use of common schools throughout this province and to provide for the regulations of said common schools*], 56 Geo. 3, chap. 36, ces écoles furent rebaptisées «écoles communes»; on prévoyait l'établissement d'un plus grand nombre d'écoles (art. 1 à 3); les syndics se voyaient conférer le pouvoir exprès de congédier les maîtres (art. 5) et [TRADUCTION] d'édicter les règles et règlements nécessaires à la bonne direction des [. . .] écoles communes» (art. 6). Certaines obligations étaient imposées aux syndics, qui devaient faire rapport aux conseils de l'éducation au sujet de certaines questions, comme les manuels utilisés dans les écoles (art. 8) et les conseils de l'éducation avaient le pouvoir de distribuer les deniers octroyés par le législateur aux écoles communes (art. 13). On les appelait «écoles communes» parce qu'elles avaient pour fonction d'instruire les gens ordinaires, le citoyen moyen.

L'*Act to provide for the advancement of Education in this Province*, 2 Vict., chap. 10, a conféré un fondement légal aux divers lycées ou «écoles de grammaire» qui avaient été mis sur pied dans le Haut-Canada. Un conseil d'administration était établi pour chaque école et était chargé de les

monies authorized to be paid under the Act. As the title of the Act suggests, the purpose of the grammar school system was to provide an advanced form of education. That meant, at the time, providing the students with an opportunity to study the languages and literatures of Greece and Rome. This was confirmed in 1853 by the *Grammar Schools Amendment Act (U.C.)* [*An Act to amend the Law relating to Grammar Schools in Upper Canada*], 16 Vict., c. 186, s. 5, which expressly provided that instruction was to extend to natural philosophy, mechanics, mathematics, Greek and Latin "so far as to prepare students for University College or any College affiliated to the University of Toronto".

It does not follow, however, that because the grammar schools were "higher" they were necessarily the forerunners to today's secondary schools. As Professor Gidney states in his affidavit:

We now take it for granted that schools will be organized primarily by age and level of subject difficulty: elementary schools deal with younger children and "the basics" or "3Rs"; secondary schools deal with teenagers, with more advanced levels of English and mathematics, and with elementary levels of more esoteric subjects such as biology or physics. This two-stage structure, with high or secondary schools built atop elementary or public schools, was created in the latter decades of the nineteenth century. But it was not the primary way in which education was organized at or just before Confederation. Rather, the grammar and common schools were designed to overlap each other in their curriculum and the ages of their pupils. One did not complete an elementary education and then move on to such subjects as Latin or Greek or French. The grammar school was designed to take pupils soon after they had begun learning the 3Rs and provide them with both an English and a classical education at the same time My own analysis of a sample of the grammar school registers in the 1850's and 1860's tells me that it was common for pupils to begin grammar school at ages ten or eleven, and in some cases at eight or nine, while over half the students were under fourteen (which is now the typical age for beginning high school). The grammar school, in other words, was intended as a parallel institution that overlapped the common school curriculum and that existed to serve the specialized purpose of educating those students who sought a combined Classical and

superviser et de recevoir les sommes d'argent que la Loi permettait de leur verser. Comme le titre de la Loi le laisse entendre, le système d'écoles de grammaire avait pour objet d'offrir une forme d'enseignement avancé. Cela signifiait, à l'époque, fournir aux étudiants la possibilité d'étudier les langues et la littérature grecque et latine. Cela a été confirmé en 1853 par la *Loi sur les Écoles de Grammaire (H. C.)* [*Acte pour amender la loi concernant les Écoles de Grammaire du Haut-Canada*], 16 Vict., chap. 186, dont l'art. 5 portait expressément que l'enseignement qui y serait donné comprendrait la philosophie naturelle, la mécanique, les mathématiques, le grec et le latin, «de manière à préparer les élèves pour le collège de l'université ou tout collège affilié à l'université de Toronto».

Il ne s'ensuit pas toutefois que, parce que les écoles de grammaire donnaient un enseignement «supérieur», elles sont nécessairement les précurseurs des écoles secondaires d'aujourd'hui. Comme le professeur Gidney l'affirme dans son affidavit:

[TRADUCTION] Aujourd'hui nous tenons pour acquis que les écoles sont organisées surtout en fonction de l'âge et du niveau de difficulté des disciplines: les écoles élémentaires donnent aux enfants plus jeunes un enseignement «élémentaire», en leur montrant «à lire, à écrire et à compter»; les écoles secondaires donnent aux adolescents un enseignement d'un niveau plus avancé, en anglais et en mathématiques, et les éléments de certaines disciplines plus ésothériques, telles la biologie ou la physique, y sont aussi enseignés. Cette structure à deux paliers, les écoles secondaires ou supérieures étant placées au-dessus des écoles élémentaires ou publiques, a été instituée dans les dernières décennies du dix-neuvième siècle. Mais ce ne fut pas là l'organisation première de l'enseignement, à l'époque de la Confédération ou juste avant. Au contraire, les écoles communes et les écoles de grammaire étaient conçues pour se chevaucher mutuellement tant sur le plan de leurs programmes que sur celui de l'âge de leurs élèves. On ne gravissait pas d'abord les échelons de l'enseignement élémentaire pour passer ensuite à des sujets comme le latin, le grec ou le français. L'école de grammaire était conçue pour recevoir les élèves dès qu'ils commençaient à maîtriser l'enseignement de base, et leur donner à la fois un enseignement anglais et classique [...] D'après mon analyse d'un échantillonnage des registres des écoles de grammaire pour les années 1850 et 1860, il n'était pas rare que des élèves y entrent à l'âge de dix ou onze ans, et même dans certains cas de huit ou neuf ans, et la

English education. Or to put it another way, the two sorts of schools were distinguished by their purposes or function rather than by the ages of their pupils or the level of instruction.

The distinction in law between common schools and grammar schools may well have been even smaller than that suggested by Professor Gidney. Section 11(4) of the 1853 Act permitted the uniting of common schools with grammar schools. This underlines the fact that, subject to regulation, there was at this time no statutory restriction as to what could be taught in a common school. It could extend to the same subjects as were taught in a grammar school. And the *Common Schools Act* of 1859, the Act respecting common schools which was in force at Confederation, still provided in ss. 27(7) and 79(9) for such unification.

The first provision for separate schools appeared in the *Common Schools Act* [*An Act to repeal certain Acts therein mentioned, and to make further provisions for the establishment and maintenance of Common Schools throughout the Province*], 4 & 5 Vict., c. 18, s. 11 which provided:

XI. Provided always, and be it enacted, that whenever any number of the Inhabitants of any Township or Parish professing a religious faith different from that of the majority of the Inhabitants of such Township or Parish, shall dissent from the regulations, arrangements, or proceedings of the Common School Commissioners, with reference to any Common School in such Township or Parish, it shall be lawful for the Inhabitants so dissenting, collectively, to signify such dissent in writing to the Clerk of the District Council, with the name or names of one or more persons elected by them as their Trustee or Trustees, for the purposes of this Act; and the said District Clerk shall forthwith furnish a certified copy thereof to the District Treasurer; and it shall be lawful for such dissenting Inhabitants, by and through such Trustee or Trustees, who for that purpose shall hold and exercise all the rights, powers and authorities,

moitié des étudiants avaient moins de quatorze ans (ce qui, de nos jours, représente l'âge normal d'accès au secondaire [*high school*]). L'école de grammaire, en d'autres termes, avait été conçue comme une institution ^a parallèle, dont le programme recouvrait celui de l'école commune, et son existence était justifiée par cette fin spécialisée: la formation des étudiants désireux de recevoir un enseignement à la fois classique et anglais. Ou, en d'autres termes, les deux genres d'institutions se ^b distinguaient par leurs fins ou leurs fonctions, plutôt que par l'âge de leurs élèves ou le niveau d'enseignement.

La distinction légale entre les écoles communes et les écoles de grammaire peut bien avoir été plus tenue encore que celle avancée par le professeur ^c Gidney. Le paragraphe 11(4) de la Loi de 1853 autorisait la fusion des écoles communes et des écoles de grammaire. Ce qui souligne le fait que, sous réserve de la réglementation, il n'y avait à cet ^d époque aucune restriction législative à ce qui pouvait être enseigné dans une école commune. L'enseignement pouvait y comprendre les mêmes disciplines que dans une école de grammaire. Et la *Common Schools Act* de 1859, la loi sur les écoles communes qui était en vigueur au moment de la ^e Confédération, prévoyait toujours, aux par. 27(7) et 79(9), cette fusion.

La première disposition qui porte sur les écoles séparées apparaît dans l'*Acte concernant les écoles séparées* [*Acte pour abroger certains Actes y mentionnés, et pourvoir plus amplement à l'établissement et au maintien des Écoles Publiques en cette Province*], 4 & 5 Vict., chap. 18, à l'art. 11, ^f qui porte:

XI. Pourvu aussi, et qu'il soit statué, que lorsque dans aucune Paroisse ou Township les règlements ou arrangements faits par les Commissaires des Écoles Publiques pour la régie d'une École quelconque, ne conviendront ^g pas à un nombre quelconque des Habitants, professant une croyance Religieuse différente de celle de la majorité des Habitans de telle Paroisse ou Township, il sera loisible aux dits Habitans dissidans collectivement, de signifier leur dissentiment par écrit au Greffier du Conseil de District, avec aussi le nom ou les noms d'un ou de ^h plusieurs Syndics choisis par eux pour les fins de cet Acte; et le dit Greffier du District en donnera immédiatement une copie certifiée au Trésorier du District; et il sera loisible à tels Habitans dissidans, par la voie des ⁱ dits Syndic ou Syndics qui à cette fin posséderont et exerceront tous les droits, pouvoirs et autorités, donnés, et seront sujets aux mêmes charges et obligations impo-

and be subject to the obligations and liabilities, hereinbefore assigned to and imposed upon the Common School Commissioners, to establish and maintain one or more Common Schools in the manner, and subject to the visitation, conditions, rules and obligations, in this Act provided with reference to other Common Schools, and to receive from the District Treasurer their due proportion, according to their number, of the monies appropriated by Law, and raised by assessment for the support of Common Schools, in the School District or Districts in which the said Inhabitants reside, in the same manner as if the Common Schools so to be established and maintained under such Trustee or Trustees, were established and maintained under the said Common School Commissioners, such monies to be paid by the District Treasurer upon the warrant of the said Trustee or Trustees.

This Act set out the rights, powers and authorities of Common School Commissioners (trustees) and provided that separate school trustees were to have the same rights, powers and authorities. Among those powers was the express power under s. 7(4) to "regulate for each School, respectively, the course of study to be followed in such School, and the Books to be used therein, and to establish general rules for the conduct of the Schools, and communicate them in writing to the respective Teachers". The trustees had the same power over the courses of study and books in the *Common Schools Act* [*An Act for the Establishment and maintenance of Common Schools in Upper Canada*], 7 Vict., c. 29, but in the later Acts their powers were defined in terms of the appointment of qualified teachers and the choice of textbooks. The teachers were, however, required to teach the branches of education according to the terms of their engagements with the trustees who were under a duty to report to the District Superintendent of Common Schools the branches of education being taught, the number of pupils in each branch, and the textbooks being used. No other official or body was, in the later Acts, given an express power to regulate the courses of study to be followed in the schools.

So by 1843 this tripartite system of education, consisting of common schools, grammar schools

sées ci-dessus aux dits Commissaires des Écoles, d'établir et maintenir une ou plusieurs Écoles Publiques en la manière voulue par cet Acte, pour les autres Écoles Publiques et aux mêmes conditions et charges, et sous les mêmes réglemens et les mêmes droits de visite; et ils auront droit de recevoir du Trésorier du District les mêmes sommes d'après leur nombre, pour le soutien des Écoles Publiques dans l'Arrondissement ou les Arrondissements d'Écoles où ils résident, auxquelles ils auraient eu droit si les dites Écoles eussent été sous la régie des dits Commissaires des Écoles Publiques; et telles sommes seront payées par le Trésorier du District sur le Garant des dits Syndic ou Syndics.

Cette loi énonce les droits, pouvoirs et attributions des commissaires (syndics) des écoles communes ou publiques et prévoit l'attribution à des syndics d'écoles séparées des mêmes droits, pouvoirs et compétences. Parmi ces pouvoirs, il y avait le pouvoir exprès en vertu du par. 7(4), de «régler le cours d'Étude qui devra être, suivi dans chaque École respectivement, d'indiquer les livres dont on y devra faire usage, et d'établir des règles générales pour la régie des Écoles, et les communiquer par écrit aux Instituteurs respectifs.» Dans l'*Acte d'établissement des Écoles Communes* [*Acte pour l'établissement et soutien des Écoles Communes dans le Haut-Canada*], 7 Vict., chap. 29, les syndics conservaient le même pouvoir quant aux matières enseignées et aux manuels utilisés, mais dans les lois ultérieures, leurs pouvoirs ont été définis sous forme de pouvoirs de nomination d'instituteurs compétents et de choix de manuels scolaires. Les instituteurs étaient cependant requis d'enseigner les matières stipulées dans le contrat d'engagement qu'ils avaient passé avec les syndics qui avaient l'obligation de rapporter, au surintendant de district des écoles communes, les matières enseignées, le nombre d'élèves par matières enseignées et les manuels scolaires utilisés. Aucun autre officier public ou corps constitué ne s'est vu, dans les lois ultérieures, attribuer un pouvoir exprès de réglementer les matières à enseigner dans les écoles.

Ainsi, en 1843, ce système tripartite d'enseignement, composé d'écoles communes, d'écoles de

and separate schools, was firmly in place. A number of amending Acts which affected all three branches of the educational system were passed from 1843 on. But none of these statutes bears directly on the interpretation of s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. The legislation which was in effect at the time of Union and which is therefore crucial to the proper interpretation of s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* is found in four statutes: the *Common Schools Act* of 1859; the *Separate Schools Act* [*An Act respecting Separate Schools*], C.S.U.C. 1859, c. 65; the *Separate Schools Act (Scott Act)* of 1863, c. 5; and the *Grammar Schools Act* of 1865, c. 23.

The *Common Schools Act* of 1859 consolidated many of the provisions relating to common schools which had been in the earlier Acts. It is of particular interest for two reasons (1) it was the legislation which governed common schools at the time of Confederation and (2) the *Separate Schools Act* of 1859 and later the *Separate Schools Act (Scott Act)* of 1863, made the main provisions of the *Common Schools Act* of 1859 applicable to the separate schools. It is therefore necessary to examine the provisions of this Act quite closely.

Section 27 of the *Common Schools Act* of 1859 provided for the establishment of rural school sections. Subsection 16 of that section then provided:

27. It shall be the duty of the Trustees of each school section, and they are hereby empowered:

16. To permit all residents in such section between the ages of five and twenty-one years, to attend the school . . . but such permission shall not extend to the children of persons in whose behalf a separate school has been established, according to the Act respecting the establishment of separate Schools.

The proviso in s. 27(16) meant that common school trustees in rural school sections were not obliged to permit children who were eligible to attend a separate school to attend the common

grammaire et d'écoles séparées, était bien en place. Plusieurs lois modificatrices, qui ont eu des effets sur les trois secteurs du système d'enseignement, ont été adoptées à compter de 1843. Mais aucune de ces lois n'a d'effet direct sur l'interprétation du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La législation qui était en vigueur au moment de l'Union et qui est donc cruciale pour la bonne interprétation du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, se trouve dans quatre lois: la *Common Schools Act* de 1859, la *Separate Schools Act* [*An Act respecting Separate Schools*], C.S.U.C. 1859, chap. 65; l'*Acte concernant les écoles séparées (loi Scott)* de 1863 et l'*Acte concernant les Écoles de grammaire* de 1865, chap. 23.

La *Common Schools Act* de 1859 réunissait un grand nombre de dispositions concernant les écoles communes que l'on retrouvait dans les lois antérieures. Elle revêt un intérêt particulier pour deux motifs: (1) il s'agit de la loi qui régissait les écoles communes à l'époque de la Confédération, et (2) la *Separate Schools Act* de 1859 et plus tard l'*Acte concernant les écoles séparées (loi Scott)* de 1863 rendaient les dispositions principales de la *Common Schools Act* de 1859 applicables aux écoles séparées. Il est donc nécessaire d'étudier les dispositions de cette loi fort attentivement.

L'article 27 de la *Common Schools Act* de 1859 prévoyait l'établissement d'arrondissements scolaires ruraux. Le paragraphe 16 de cet article dispose ensuite:

[TRADUCTION] 27. Il est du devoir des syndics de chaque arrondissement scolaire et il entre par les présentes dans leurs attributions:

16. De permettre à tous les habitants de l'arrondissement, âgés de cinq à vingt et un ans, de fréquenter l'école [. . .] mais cette autorisation ne vise pas les enfants des parents pour lesquels une école séparée a été créée, conformément à la loi relative à l'établissement des écoles séparées.

La réserve du par. 27(16) signifiait que les syndics des écoles communes, dans les arrondissements scolaires ruraux, n'étaient pas obligés de permettre aux enfants admissibles à une école séparée de

school. This section was made applicable to urban school sections by s. 79(18).

The *Common Schools Act* of 1859 does not confer on common school trustees, as did s. 7(4) of the 1841 Act, an express power to prescribe the courses to be taught. Nevertheless, I believe that such a power in the trustees was implicit in the scheme of the legislation. Section 79(8), applicable to urban Boards of School Trustees, gave these trustees the power to employ teachers and also to determine "the terms of employing them; the amount of their remuneration, and the duties which they are to perform". The duties presumably included the teaching of subjects prescribed by the trustees since s. 82(1) provided that it was the duty of every teacher of a common school "to teach diligently and faithfully all the branches required to be taught in the School according to the terms of his engagement with the Trustees, and according to the provisions of this Act". There were no provisions in the *Common Schools Act* of 1859 limiting common school teachers to teaching only certain branches. Section 27(8), applicable to rural school sections, did not expressly confer power on the rural school trustees to determine the duties of teachers but I think it is probably implicit in their power "to contract with and employ Teachers for such School section", especially in light of the fact that s. 82(1) was equally applicable to teachers in rural school sections.

While the 1859 Act (as some of the earlier Acts referred to) imposed a duty on trustees to report to the Local Superintendent "the branches of education taught in the school" (s. 27(23) subpara. (4), and s. 79(17) for urban Boards of School Trustees), there was no express and exclusive power in the Council of Public Instruction to set down the branches of education to be taught. There was a power in the Council of Public Instruction to "make . . . regulations . . . for the organization, government and discipline of Common Schools . . ." (s. 119(4)) and to "to examine, . . . recom-

fréquenter l'école commune. Cet article a été rendu applicable aux arrondissements scolaires urbains par le par. 79(18).

a La *Common Schools Act* de 1859 ne confère pas aux syndics des écoles communes, comme le faisait le par. 7(4) de la loi de 1841, un pouvoir exprès de prescrire les matières à enseigner. Néanmoins je crois que l'économie de la Loi conférait implicitement ce pouvoir au syndic. Le paragraphe 79(8), applicable aux conseils scolaires urbains, conférait à ces syndics le pouvoir d'engager des instituteurs et aussi de fixer [TRADUCTION] «leurs conditions d'emploi, leur rémunération et les fonctions qu'ils auront à exercer». Ces fonctions incluaient vraisemblablement l'enseignement des matières prescrites par les syndics, puisque le par. 82(1) prévoyait qu'il était du devoir de chaque instituteur *d* d'une école commune «d'enseigner avec zèle et fidélité toutes les branches qui doivent être enseignées dans l'école, suivant les termes de son engagement avec les syndics, et conformément aux dispositions de cet acte». Il n'existait, dans la *e* *Common Schools Act* de 1859, aucune disposition limitant les instituteurs des écoles communes à l'enseignement de certaines matières uniquement. Le paragraphe 27(8), applicable aux arrondissements scolaires ruraux, ne conférait pas expressément aux syndics des arrondissements scolaires ruraux le pouvoir de déterminer les fonctions des instituteurs, mais je pense que cela est probablement implicite dans leur pouvoir «d'engager et employer les instituteurs pour la dite section d'école», compte tenu particulièrement du fait que le par. 82(1) était également applicable aux instituteurs des arrondissements scolaires ruraux.

h Si la loi de 1859 (tout comme certaines lois antérieures mentionnées précédemment) imposait aux syndics le devoir de faire un rapport au surintendant local sur «les branches d'instruction enseignées dans l'école» (par. 27(23), al. (4) et par. *i* 79(17) dans le cas des conseils scolaires urbains), le Conseil de l'instruction publique ne se voyait pas conférer un pouvoir exprès et exclusif de fixer les matières à enseigner. Le Conseil de l'instruction publique avait le pouvoir d'«établir [. . .] les règlements [. . .] pour l'organisation, le gouvernement et la discipline des écoles communes» (par. 119(4))

mend or disapprove of textbooks for the use of schools . . .” (s. 119(5)). As well, there was a corresponding duty imposed on the trustees “to see that no unauthorized books are used in the school, and that the pupils are duly supplied with a uniform series of authorized textbooks, sanctioned and recommended by the Council of Public Instruction” (s. 27(18) and s. 79(15)). But the exact content of a particular school’s curriculum would seem, in the absence of specific regulation by the Council for Public Instruction, to be by law left to the discretion of the trustees. No regulations pertaining to courses of instruction were produced by counsel. Indeed, the evidence before the Court suggested that the interpretation I have put upon the legislation was acted upon by the common school trustees. In *Tiny*, at p. 665, Anglin C.J. stated:

The provisions of the *Common Schools Act* were generally understood to contemplate that, at all events in cities, towns, and villages, and in rural districts where s. 32 of the Act of 1859 applied, the trustees should determine, according to their conception of local educational requirements, the subjects to be taught and the scope of the education to be imparted in the school or schools under their charge and would appear to confer upon them the legal right to do so. It was a statutory duty in 1867 to provide in all common schools education suitable for pupils ranging from 5 to 21 years of age and of both sexes.

With the law in the state thus indicated it is not surprising that in many of the larger centres, where higher educational standards were necessary to meet local requirements, common schools, at and prior to Confederation, were carrying on, with the approval and encouragement of the provincial educational authorities, courses in practically all the branches of learning now included in the curricula of high schools as well as public schools and were imparting to their pupils the education requisite to enable them to matriculate into the University, to enter the Normal School, and to take up the studies prescribed for the “learned professions”.

I would conclude, therefore, that the trustees of the common schools had by law the power, subject to regulation, to prescribe what branches of education were to be taught in a particular school and

et d’«examiner [. . .] recommander ou désapprouver les livres de texte pour l’usage des écoles . . .» (par. 119(5)). De même, le syndic avait l’obligation correspondante de [TRADUCTION] «veiller à ce qu’aucun livre non autorisé ne soit utilisé dans l’école et que soit mise à la disposition des élèves une série uniforme de manuels autorisés, sanctionnés et recommandés par le Conseil de l’instruction publique» (par. 27(18) et par. 79(15)). Mais le contenu exact des matières au programme d’une école particulière semblait, en l’absence de réglementation expresse du Conseil de l’instruction publique, laissé, de par la loi, au pouvoir discrétionnaire des syndics. Les avocats des parties n’ont produit aucune réglementation relative aux matières enseignées. En fait, il ressort de la preuve soumise à cette Cour, que les syndics des écoles communes ont suivi mon interprétation de la législation. Dans l’arrêt *Tiny*, à la p. 665, le juge en chef Anglin a dit:

[TRADUCTION] En général, on a considéré que les dispositions de la *Common Schools Act* prévoyant que, de toute manière dans les cités, villes et villages, et dans les districts ruraux où l’art. 32 de la loi de 1859 s’appliquait, les syndics devaient établir, conformément à leur perception des exigences locales en matière d’enseignement, les matières à enseigner et la portée de l’instruction donnée dans l’école, ou les écoles, dont ils avaient la charge, et elles paraissaient leur conférer le droit légal de le faire. Il y avait obligation légale en 1867 de donner dans toutes les écoles communes un enseignement adéquat aux élèves des deux sexes, âgés de 5 à 21 ans.

Puisqu’il en était ainsi de l’état du droit, il n’est pas surprenant que dans de nombreux grands centres, où des normes supérieures d’enseignement étaient nécessaires pour répondre aux exigences locales, les écoles communes, avant et au moment de la Confédération, aient offert, avec l’approbation et l’encouragement des autorités provinciales en matière d’éducation, des cours dans pour ainsi dire toutes les sphères du savoir aujourd’hui incluses dans les programmes des écoles secondaires autant que dans les écoles publiques et qu’ils aient fourni à leurs élèves l’enseignement requis pour leur permettre d’être admis à l’université, d’entrer à l’école normale et d’entreprendre les études nécessaires pour accéder aux «professions libérales».

Je conclurais donc que les syndics des écoles communes avaient, en vertu de la loi, le pouvoir, sous réserve de réglementation, de prescrire les matières à enseigner dans une école particulière et qu’ils

could, by law, prescribe any level of instruction which, in their view, the needs of the particular community warranted. This would include instruction at the secondary school level.

Sections 120-125 of the *Common Schools Act* of 1859 set out the manner in which the annual grant for common schools was calculated. The key sections are ss. 120 and 121. Section 120 provided:

120. Out of the share of the Legislative School Grant coming to Upper Canada, and the additional sums of money from time to time granted in aid of Common Schools or in aid of Common and Grammar Schools in Upper Canada, and not otherwise expressly appropriated by law, the Governor in Council may authorize the expenditure of the following sums annually . . .

There then followed an enumeration of a number of fixed sums for various purposes. Section 121 provided:

121. The whole of the remainder of the grants in the one hundred and twentieth Section mentioned and not exclusively appropriated, in the foregoing sub-sections, shall be expended in aid of the Common Schools according to the provisions of this Act.

The provisions of the *Common Schools Act* of 1859 were generally made applicable to separate schools by the *Separate Schools Act* of 1859. Section 24 of this Act provided:

24. The Trustees of such Separate Schools forming a body Corporate under this Act, shall have the same power to impose, levy and collect School rates or subscriptions, upon and from persons sending children to, or subscribing towards the support of such Schools, and all other powers in respect of Separate Schools, as the Trustees of Common Schools have and possess under the provisions of the Act relating to Common Schools.

Section 33 provided:

33. Every such Separate School shall be entitled to a share in the fund annually granted by the Legislature of this Province for the support of Common Schools, according to the average number of pupils attending such School during the twelve next preceding months, or during the number of months which may have elapsed from the establishment of a new Separate School, as compared with the whole average number of pupils

pouvaient, en vertu de la loi, prescrire tout niveau d'enseignement qui, à leur avis, répondait aux besoins de la collectivité en cause. Cela incluait un enseignement de niveau secondaire.

^a Les articles 120 à 125 de la *Common Schools Act* de 1859 exposent le mode de calcul des subventions annuelles accordées aux écoles communes. Les articles clés sont les art. 120 et 121.

^b L'article 120 porte:

[TRADUCTION] **120.** Sur la subvention scolaire législative attribuée au Haut-Canada, et les sommes additionnelles d'argent octroyées, à l'occasion, pour venir en aide aux écoles communes ou aux écoles communes et de grammaire du Haut-Canada, et que la loi n'affecte pas expressément à d'autres fins, le gouverneur en conseil peut autoriser d'engager les fonds suivants annuellement . . .

^c Suit une énumération d'un certain nombre de sommes fixes destinées à diverses fins. L'article 121 porte:

[TRADUCTION] **121.** Tout le reste des subventions mentionnées à l'art. 120, et non exclusivement engagées, dans les paragraphes qui précèdent, seront affectées aux écoles communes conformément aux dispositions du présent acte.

^d Les dispositions de la *Common Schools Act* de 1859, sauf exception, ont été rendues applicables aux écoles séparées par la *Separate Schools Act* de 1859. L'article 24 de cette dernière loi dispose:

[TRADUCTION] **24.** Les syndics de ces écoles séparées constitués en un corps incorporé en vertu de cet acte, auront les mêmes pouvoirs d'imposer, de prélever et de percevoir des taxes d'école ou souscriptions sur les personnes qui enverront leurs enfants aux écoles séparées ou qui y souscriront pour leur soutien, et tous les autres pouvoirs, à l'égard des écoles séparées, que les syndics des écoles communes ont et possèdent en vertu des dispositions de la loi relative aux écoles communes.

L'article 33 porte:

^e [TRADUCTION] **33.** Chaque école séparée aura droit à une part dans les fonds accordés annuellement par la législature de cette province pour le soutien des écoles communes, suivant le nombre moyen des élèves qui auront fréquenté la dite école pendant les douze mois précédents, ou pendant le nombre de mois qui se seront écoulés depuis l'établissement d'une nouvelle école séparée, telle que comparée avec la moyenne générale du

attending School in the same City, Town, Village or Township.

The *Separate Schools Act (Scott Act)* of 1863, was the last statute pertaining to separate schools enacted prior to Confederation. It is entitled *An Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools*. Its preamble reads:

WHEREAS it is just and proper to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights which they formerly enjoyed in respect to separate Schools, and to bring the provisions of the Law respecting Separate Schools more in harmony with the provisions of the Law respecting Common Schools . . .

It repealed ss. 18 to 36 of the *Separate Schools Act* of 1859. It authorized Roman Catholics to establish separate schools and elect trustees "for the management" of each school (ss. 2-6). The trustees were vested with "all the powers in respect of Separate Schools, that the Trustees of Common Schools have and possess under the provisions of the Act relating to Common Schools [C.S.U.C., 1859, c. 64]" (s. 7) and all "the same duties . . . as Trustees of the Common Schools" (s. 9). This meant that separate school trustees, like common school trustees, had a duty to permit residents between 5 and 21 years of age to attend school and a power, subject to regulation, to determine the subjects to be taught and the level of instruction. Separate school supporters were exempted from payment of municipal rates for common schools (s. 14) but were subject to pay school rates levied by the separate school trustees (s. 7). By virtue of s. 20, separate school supporters were also entitled to a share, proportionate to the numbers of pupils, in the fund annually granted by the Legislature for the support of common schools:

20. Every Separate School shall be entitled to a share in the fund annually granted by the Legislature of this Province for the support of Common Schools, and shall be entitled also to a share in all other public grants, investments and allotments for Common School purposes now made or hereafter to be made by the Province or the Municipal authorities, according to the average

nombre des élèves qui fréquentent les écoles dans la même cité, ville, village ou township.

L'Acte concernant les écoles séparées (*loi Scott*) de 1863, fut la dernière loi concernant les écoles séparées à être adoptée avant la Confédération. Elle s'intitule: *Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées*. En voici le préambule:

CONSIDÉRANT qu'il est juste et opportun de réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées dont ils jouissaient autrefois, et d'établir une plus grande uniformité entre les lois qui règlent les écoles séparées et celles des écoles communes . . .

Elle abrogeait les art. 18 à 36 de la *Separate Schools Act* de 1859. Elle autorisait les catholiques romains à établir des écoles séparées et à élire des syndics «pour l'administration» de chaque école (art. 2 à 6). Les syndics jouissaient des mêmes «pouvoirs à l'égard de ces écoles séparées, que les syndics des écoles communes ont et possèdent en vertu des dispositions de l'acte concernant les écoles communes [C.S.U.C. 1859, chap. 64]» (art. 7) et ils avaient «les mêmes devoirs [...] que les syndics des écoles communes» (art. 9). Cela signifiait que les syndics des écoles séparées, à l'instar des syndics des écoles communes, avaient le devoir de permettre aux résidents âgés de 5 à 21 ans de fréquenter l'école et le pouvoir, sous réserve de réglementation, de déterminer les matières à enseigner et le niveau de cet enseignement. Les contribuables des écoles séparées n'avaient pas à payer les taxes municipales imposées pour les écoles communes (art. 14), mais ils devaient payer les taxes scolaires perçues par les syndics des écoles séparées (art. 7). En vertu de l'art. 20, les contribuables des écoles séparées avaient aussi droit à une part, proportionnelle au nombre d'élèves, de la subvention octroyée annuellement par le législateur aux écoles communes:

20. Chaque école séparée aura droit à une part du fonds octroyé annuellement par la législature de cette province pour le soutien des écoles communes, et aura aussi droit à une part dans tous les autres octrois publics, placements et allocations votés ou qui le seront à l'avenir pour les fins d'écoles communes par la province ou les autorités municipales, selon la moyenne du

number of pupils attending such school during the twelve next preceding months, or during the number of months which may have elapsed from the establishment of a new Separate School, as compared with the whole average number of pupils attending School in the same City, Town, Village or Township.

Finally, separate schools were subject to inspection by the Chief Superintendent and were subject to "such regulations, as may be imposed, from time to time, by the Council of Public Instruction for Upper Canada" (s. 26). Interestingly, the Council's control over the separate school curriculum was arguably weaker than that over common schools as the *Separate Schools Act* of 1859 contained no provision similar to s. 119(5) of the *Common Schools Act* of 1859 giving the Council supervision over textbooks used in the schools.

I turn now to a consideration of the *Tiny* case (1926), 59 O.L.R. 96; aff'd. (1926), 60 O.L.R. 15 (C.A.); aff'd. [1927] S.C.R. 637; aff'd. [1928] A.C. 363, in which the effect of these various pre-Confederation statutes was reviewed.

(ii) *The Tiny case*

In *Tiny* the board of trustees of the separate school in the Township of Tiny, on behalf of themselves and all other separate school trustees in the province, brought a petition of right challenging the validity of certain provincial legislation prohibiting the teaching of and funding for secondary school subjects in separate schools. The challenged legislation also denied separate school supporters exemption from the rates levied in support of public secondary schools. The trustees submitted that this legislation offended s. 93(1) of the *British North America Act* because it prejudicially affected a right or privilege with respect to denominational education possessed by Roman Catholics at the date of Confederation. They also sought a proportionate share of public monies granted by the Legislature "for common school purposes" computed in accordance with their statutory rights at the date of Confederation.

nombre des élèves fréquentant telle école les douze mois précédents, ou pendant le nombre de mois écoulés depuis l'établissement d'une nouvelle école séparée, telle que comparée avec la moyenne du nombre total d'élèves fréquentant les écoles dans la même cité, ville, village ou township.

Enfin, les écoles séparées étaient sujettes à l'inspection du surintendant en chef et étaient soumises aux «règlements qui pourront être imposés de temps à autre par le conseil de l'instruction publique du Haut-Canada» (art. 26). Fait intéressant, le contrôle du Conseil sur les programmes des écoles séparées était certes moins étendu que celui qu'il exerçait sur les écoles communes, étant donné que la *Separate Schools Act* de 1859 ne contenait aucune disposition analogue au par. 119(5) de la *Common Schools Act* de 1859, qui conférait au Conseil la supervision des manuels scolaires.

J'en viens maintenant à l'examen de l'affaire *Tiny* (1926), 59 O.L.R. 96, conf. (1926), 60 O.L.R. 15 (C.A.), conf. [1927] R.C.S. 637, conf. [1928] A.C. 363, où l'effet de ces diverses lois antérieures à la Confédération a été étudié.

(ii) *L'affaire Tiny*

Dans l'affaire *Tiny*, le conseil d'administration de l'école séparée du canton de Tiny, en son propre nom et en celui des autres syndic d'écoles séparées de la province contestait, par pétition de droit, la validité d'une certaine loi provinciale interdisant l'enseignement et le financement des matières de niveau secondaire dans les écoles séparées. La loi contestée obligeait aussi les contribuables des écoles séparées à payer les taxes perçues pour le soutien des écoles publiques de niveau secondaire. Les syndic ont fait valoir que la loi contrevenait au par. 93(1) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* puisqu'elle préjudiciait à un droit ou à un privilège conféré relativement à l'enseignement confessionnel dont jouissaient les catholiques à l'époque de la Confédération. Ils réclamaient aussi une part proportionnelle des deniers publics affectés par le législateur [TRADUCTION] «aux fins des écoles communes», calculée conformément aux droits que leur conféraient la loi à l'époque de la Confédération.

The plaintiffs failed at trial. Rose J. held that because the rights and privileges of the separate schools at Confederation concerning money grants depended upon legislation of the former Province of Canada and were expressly described as grants "of this province", the Province of Ontario was unaffected by any such obligation (p. 150). Accordingly separate school supporters had no legal right to share in any appropriations. He was upheld on this issue by the Court of Appeal. The effect of such an interpretation is that s. 93(1) which protects all rights and privileges which any class of persons had by law at the time of Union is an empty shell in Ontario because all rights and privileges were granted by the law of the Province of Canada. Such an interpretation seems patently unsound. I would adopt the views of Anglin C.J. in the Supreme Court of Canada on this point. In rejecting the position taken by Rose J. and the Ontario Court of Appeal on this issue he stated at p. 657:

This view is utterly at variance with the spirit and intent of s. 93(1) of the *B.N.A. Act*. Unless the legislatures of Ontario and Quebec are debarred from prejudicially affecting the rights and privileges of the respective religious minorities in regard to maintenance and support which their denominational schools enjoyed at Confederation under legislation of the former Province of Canada, the protection of such rights and privileges afforded by sub-s. 1 of s. 93 becomes illusory and the purpose of the Imperial legislation is subverted.

The Judicial Committee of the Privy Council agreed with Anglin C.J.: see pp. 373-74.

Rose J. also held that pursuant to the *Common Schools Act* of 1859 the common schools and thus the separate schools were to be subject to such regulations as might be imposed from time to time by the Council of Public Instruction. As this was the relevant legislation in force at the time of Confederation Rose J. held that the right preserved by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* was merely the right to maintain separate schools

Les demandeurs furent déboutés en première instance. Le juge Rose a conclu que, puisque les droits et privilèges que les écoles séparées possédaient en matière d'affectation de fonds au moment de la Confédération étaient fonction de la législation de l'ancienne Province du Canada et étaient expressément qualifiés d'affectations de fonds [TRADUCTION] «de cette province», la province de l'Ontario n'était pas touchée par une telle obligation (à la p. 150). Par conséquent, la loi ne conférait aux contribuables des écoles séparées aucun droit à une part de ces affectations de fonds. La Cour d'appel a confirmé son opinion sur ce point. Une telle interprétation a pour effet de faire perdre tout son sens en Ontario au par. 93(1) qui garantit tous les droits et les privilèges dont jouissaient toute catégorie de personnes en vertu de la loi au moment de l'Union, puisque tous ces droits et privilèges avaient été conférés par les lois de la Province du Canada. Une telle interprétation est manifestement boiteuse. J'adopterais sur ce point l'opinion du juge en chef Anglin de la Cour suprême du Canada. En rejetant la position adoptée à ce propos par le juge Rose et la Cour d'appel de l'Ontario, il affirme à la p. 657:

[TRADUCTION] Cette opinion est tout à fait contraire à l'esprit et à l'intention du par. 93(1) de l'*A.A.N.B.* À moins qu'il ne soit interdit aux assemblées législatives de l'Ontario et du Québec de porter préjudice aux droits et privilèges dont jouissaient respectivement les minorités religieuses en matière de financement et de soutien de leurs écoles confessionnelles à l'époque de la Confédération en vertu de la législation de l'ancienne Province du Canada, la protection de ces droits et privilèges qu'offre le par. 93(1) devient illusoire et l'objet de la loi impériale s'en trouve bouleversé.

Le Comité judiciaire du Conseil privé a partagé l'opinion du juge en chef Anglin: voir les pp. 373 et 374.

Le juge Rose a aussi conclu que, conformément à la *Common Schools Act* de 1859, les écoles communes et aussi les écoles séparées devaient être assujetties à la réglementation que pourrait leur imposer à l'occasion le Conseil de l'instruction publique. Comme il s'agissait là de la législation pertinente en vigueur à l'époque de la Confédération, le juge Rose a conclu que le droit garanti par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*

subject to regulation by the Council. Rose J. also held in the alternative that even “if . . . the class of persons represented by the petitioners had by law at the Union a right to a share, ascertainable in a way fixed by statute, in such moneys as might be granted by the Ontario Legislature for common school purposes”, there was “no proof that the legislation and regulations affect that right prejudicially” (p. 152). This was because in his view those rights had always been subject to a broad power of regulation in favour of the Council.

The Ontario Court of Appeal unanimously dismissed the appeal: (1926), 60 O.L.R. 15. A further appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed because the justices were evenly divided: [1927] S.C.R. 637. Anglin C.J., with whom Rinfret J. concurred, Mignault J. concurring in separate reasons, would have allowed the appeal. Duff and Lamont JJ., Newcombe J. concurring in separate reasons, dismissed the appeal. Those justices who would have dismissed the appeal held that the regulatory power of the Council of Public Instruction was sufficiently broad to have enabled it, had it so chosen, to prohibit secondary level instruction. The existence of such a broad power was sufficient to deny s. 93(1) protection.

The appeal was also dismissed by the Privy Council: [1928] A.C. 363. The Privy Council shared the view that the broad power of regulation vested in the Council of Public Instruction, including the power to determine what courses of study could be offered, was sufficient to prevent the separate schools from providing secondary school education. Even though the broad power of regulation had never been used by the Council prior to Confederation, its very existence meant that separate secondary school education fell outside the protection of s. 93(1).

On the funding issue the Privy Council was required to interpret s. 120 of the *Common Schools Act* of 1859. This is the section which provided that out of the sum granted for common

était simplement le droit de maintenir des écoles séparées sous réserve de la réglementation du Conseil. Le juge Rose a également statué, subsidiairement, que même [TRADUCTION] «si [. . .] la catégorie de personnes que représentaient les requérants jouissait, en vertu de la loi lors de l'Union, d'un droit à une part, à déterminer de la manière fixée par la loi, des sommes d'argent que l'assemblée législative de l'Ontario pourrait affecter aux écoles communes», il n'y avait [TRADUCTION] «aucune preuve que la loi et les règlements portaient préjudice à ce droit» (à la p. 152). Il en était ainsi parce qu'à son avis ces droits avaient toujours été soumis au large pouvoir de réglementation du Conseil.

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel à l'unanimité: (1926), 60 O.L.R. 15. Le pourvoi qui s'ensuivit en Cour suprême du Canada a aussi été rejeté, les juges s'étant partagés également: [1927] R.C.S. 637. Le juge en chef Anglin, le juge Rinfret qui a souscrit à ses motifs et le juge Mignault qui a rédigé ses propres motifs concordants, auraient accueilli le pourvoi. Les juges Duff et Lamont, ainsi que le juge Newcombe dans des motifs distincts, ont rejeté le pourvoi. Les juges qui auraient rejeté le pourvoi ont conclu que le pouvoir réglementaire du Conseil de l'instruction publique était suffisamment large pour lui permettre d'interdire, à son gré, l'enseignement de niveau secondaire. L'existence d'un pouvoir aussi général étant suffisante pour refuser la garantie du par. 93(1).

Le pourvoi au Conseil privé a été aussi rejeté: [1928] A.C. 363. Le Conseil privé a partagé le point de vue que le large pouvoir de réglementation attribué au Conseil de l'instruction publique, y compris le pouvoir de déterminer les matières à enseigner, était suffisant pour empêcher les écoles séparées d'offrir un enseignement de niveau secondaire. Même si le Conseil n'avait jamais utilisé ce large pouvoir de réglementation avant la Confédération, son existence même signifiait que l'enseignement de niveau secondaire dans les écoles séparées échappait à la protection du par. 93(1).

Quant à la question du financement, le Conseil privé avait à interpréter l'art. 120 de la *Common Schools Act* de 1859. C'est l'article qui porte que sur les sommes octroyées aux écoles communes

schools "and not otherwise expressly appropriated by law" the Governor in Council could authorize certain expenditures set out in the section in aid of the common schools. Section 20 of the *Scott Act* provided that separate schools were entitled "to a share in the fund annually granted by the Legislature . . . for the support of Common Schools". But since there was no limit on the sums that could be "otherwise appropriated" for the common schools, the Privy Council held that there was no guaranteed right in the separate schools to funding. Viscount Haldane held at p. 388:

... the question really turns on whether the authorities of the Province had power to make apportionments and payments out of the funds granted before the balance was arrived at which should be available for common school purposes. In their Lordships' opinion it is clear that there was such power . . .

In their Lordships' view, in the face of the provisions referred to, it is impossible to contend successfully that it was ultra vires after Confederation to make new appropriations out of the grants which would diminish what would otherwise have come to the appellants. Whether the case is looked at from the point of view of regulation, or whether it is regarded from that of discretion in power of appropriation, the result is the same.

The appellants rely on *Tiny* and submit that at the date of Confederation separate school supporters, together with all other common school supporters, had the right to public funding of elementary school education for their children but no right to such funding for secondary school education. The appellants also submit that, since *Tiny* has stood for almost sixty years as an authoritative decision on this issue, it should not now be disturbed.

The Attorney General of Ontario, in asking this Court to review the Privy Council's decision in *Tiny*, submitted that the courts in *Tiny* were asked the wrong question. All of the judgments concentrated on the question whether the separate schools had an unfettered discretion to operate their schools free from any regulatory interference. The Attorney General submits that the real question,

[TRADUCTION] «et que la loi n'affecte pas expressément à d'autres fins», le gouverneur en conseil peut donner l'autorisation d'engager certaines dépenses énoncées dans l'article pour venir en aide aux écoles communes. L'article 20 de la *loi Scott* prévoyait que les écoles séparées avaient droit «à une part du fonds octroyé annuellement par la législature [...] pour le soutien des écoles communes». Mais puisqu'on fixait aucune limite aux fonds qui pouvaient être [TRADUCTION] «affectés à d'autres fins» pour les écoles communes, le Conseil privé a jugé qu'aucun droit à des fonds n'était garanti aux écoles séparées. Le vicomte Haldane conclut, à la p. 388:

[TRADUCTION] ... cela revient à se demander si les autorités de la province avaient le pouvoir d'affecter et de verser des fonds à même ceux octroyés, avant d'en arriver au moment de déterminer ce qui serait disponible pour les écoles communes. De l'avis de leurs Seigneuries, il est clair qu'un tel pouvoir existait . . .

De l'avis de leurs Seigneuries, à la lecture de la disposition mentionnée, il est impossible de soutenir avec succès qu'il était ultra vires, après la Confédération, de procéder à de nouvelles affectations de fonds, à même les subventions, qui auraient pour effet de diminuer ce qui autrement aurait été versé aux appelants. Que l'on considère l'affaire du point de vue réglementaire ou du point de vue d'un pouvoir discrétionnaire d'affectation de fonds, le résultat est le même.

Les appelants invoquent l'arrêt *Tiny* et soutiennent qu'à l'époque de la Confédération les contribuables des écoles séparées, de même que tous les autres contribuables des écoles communes, jouissaient du droit à des fonds publics pour l'enseignement scolaire de niveau élémentaire donné à leurs enfants, mais non du droit au financement de l'enseignement de niveau secondaire. Les appelants font aussi valoir que, puisque l'arrêt *Tiny* fait autorité depuis presque soixante ans sur ce point, il ne devrait pas être renversé maintenant.

Le procureur général de l'Ontario, en demandant à la Cour de renverser l'arrêt *Tiny* du Conseil privé, soutient que l'on n'a pas posé la bonne question aux tribunaux dans l'affaire *Tiny*. Tous les jugements ont porté sur la question de savoir si les écoles séparées jouissaient d'un pouvoir discrétionnaire illimité de gérer leurs écoles, libres de toute entrave réglementaire. Le procureur général

unsatisfactorily addressed by the various courts in *Tiny*, was what level of instruction were separate schools *permitted by law* to provide in 1867. I would agree with this submission. When the correct question is asked it is seen that every judge who participated in the *Tiny* decisions, with the exception of Duff J. in this Court, held that separate schools were permitted by law to offer any level of courses at the time of Confederation. For example, in the Privy Council Viscount Haldane stated at p. 376 that “before Confederation the common schools and with them the separate schools were left free, by statute . . . to educate pupils up to the age of twenty-one, and some of them were in the habit of giving to the older pupils advanced teaching such as would fit them to enter the University”.

The essence of the various *Tiny* decisions was that the presence in the statute of an apparently unfettered power of regulation in the Council made it impossible for the separate schools to have any rights or privileges by law capable of being protected by the guarantee in s. 93(1). Any “rights” they might otherwise have had were totally defeasible because they were subject to a statutory power of regulation “in the full sense”: *per* Viscount Haldane at p. 386.

It is, however, well established today that a statutory power to make regulations is not unfettered. It is constrained by the policies and objectives inherent in the enabling statute. A power to regulate is not a power to prohibit. It cannot be used to frustrate the very legislative scheme under which the power is conferred. This principle was cogently expressed in *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997, and was recently approved by this Court in *Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier*, [1985] 2 S.C.R. 164. The roots of this principle stretch back beyond the date of Confederation. In considering the exercise of a power of expropriation or compulsory acquisition of property statutorily granted to a company Lord

fait valoir que la véritable question, à laquelle les divers tribunaux saisis de l'affaire *Tiny* n'ont pas apporté de réponse satisfaisante, était de savoir quel niveau d'enseignement les écoles séparées *étaient autorisées par la loi* à offrir en 1867. Je suis d'accord avec cet argument. Lorsqu'on se pose la bonne question, on constate que tous les juges qui ont eu à statuer dans l'affaire *Tiny*, à l'exception du juge Duff en cette Cour, ont conclu que la loi autorisait les écoles séparées à offrir n'importe quel niveau d'enseignement au moment de la Confédération. Par exemple, au Conseil privé, le vicomte Haldane affirme, à la p. 376, que [TRADUCTION] «avant la Confédération, les écoles communes, et avec elles les écoles séparées, étaient libres, en vertu de la loi [. . .] d'offrir un enseignement aux élèves jusqu'à l'âge de vingt et un ans et que, dans certains cas, on avait pris l'habitude de donner aux élèves plus âgés un enseignement avancé afin de les préparer à entrer à l'université».

L'essentiel des diverses décisions *Tiny* est que l'attribution par la loi au Conseil d'un pouvoir apparemment illimité de réglementation fait qu'il est impossible pour les écoles séparées d'avoir des droits ou des privilèges légaux susceptibles d'être protégés par la garantie du par. 93(1). Tous les «droits» qu'elles pourraient avoir par ailleurs étaient parfaitement annulables parce qu'elles étaient assujetties à un pouvoir légal de réglementation [TRADUCTION] «dans toute l'acception du terme»: le vicomte Haldane, à la p. 386.

Toutefois, il est bien établi de nos jours qu'un pouvoir légal de réglementation n'est pas illimité. Il est limité par les politiques et les objectifs inhérents à la loi habilitante. Un pouvoir de réglementation n'est pas un pouvoir d'interdiction. Il ne saurait être utilisé pour contrecarrer l'économie même de la loi qui le confère. Ce principe a été énoncé d'une manière convaincante dans l'arrêt *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997, et a été approuvé récemment par cette Cour dans l'arrêt *Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier*, [1985] 2 R.C.S. 164. Les origines du principe remontent à une époque antérieure à la Confédération. En étudiant l'exercice d'un pouvoir d'expropriation ou de réquisition de biens attribué

Cranworth L.C. in *Galloway v. City of London* (1866), L.R. 1 H.L. 34, stated at p. 43:

The principle is this, that when persons embarking on great undertakings, for the accomplishment of which those engaged in them have received authority from the Legislature to take compulsorily the lands of others, making to the latter proper compensation, the persons so authorized cannot be allowed to exercise the powers conferred on them for any collateral object; that is, for any purposes except those for which the Legislature has invested them with extraordinary powers.

The power of the Council of Public Instruction was to make regulations for explicitly stated purposes—"for the organization, government and discipline of common schools, for the classification of schools and teachers, and for school libraries throughout Upper Canada". Its power did not extend to prohibiting a secondary level of instruction if such was deemed necessary by the trustees in order to meet local educational needs. I would adopt what Mignault J. said in this Court in *Tiny*, at p. 707, with respect to the scope of the Council's regulatory power:

It seems to me inconceivable that when it granted to the Roman Catholics of Upper Canada the privilege of having their own separate schools, the Legislature could have intended to render this privilege valueless by allowing the Council of Public Instruction of that Province to restrict, by regulations, the scope of the education to be given in these schools.

I would also adopt the following comments of Anglin C.J. at p. 671:

The statutes which entitled pupils up to the age of 21 years to attend the common and separate schools were certainly not designed to enable the Council of Public Instruction, under the guise of regulation, so to restrict the courses of studies for which the trustees might provide that they would be suitable only for pupils up to the age of, say, 12, or even 16 years.

As was forcibly pointed out during the argument, that would be to prohibit, not to regulate. . . . If the power of regulation of the Council of Public Instruction could be so exercised, the work of the schools could be

par la loi à une compagnie, le lord chancelier Cranworth, dans l'arrêt *Galloway v. City of London* (1866), L.R. 1 H.L. 34, dit, à la p. 43:

[TRADUCTION] Le principe veut que, lorsque des individus se lancent dans de grandes entreprises pour la réalisation desquelles ils ont reçu du législateur le pouvoir d'exproprier des biens-fonds appartenant à des tiers, en contrepartie du versement d'une indemnité convenable pour ces derniers, ils ne sauraient être autorisés à exercer à des fins accessoires les pouvoirs qui leurs sont attribués; c'est-à-dire à toutes autres fins que celles pour lesquelles le législateur les a investis de pouvoirs extraordinaires.

Le Conseil de l'instruction publique avait le pouvoir de faire des règlements pour des objets énoncés expressément: [TRADUCTION] «relativement à l'organisation et à la régie des écoles communes ainsi qu'au maintien de la discipline dans celles-ci, à la classification des écoles et des instituteurs, et aux bibliothèques scolaires de tout le Haut-Canada». Son pouvoir ne lui permettait pas d'aller jusqu'à interdire l'enseignement de niveau secondaire si cela était jugé nécessaire par les syndics afin de répondre aux besoins locaux en matière d'enseignement. J'approuve ce que le juge Mignault a dit en cette Cour dans l'affaire *Tiny*, à la p. 707, au sujet de la portée du pouvoir réglementaire du Conseil:

[TRADUCTION] Il me semble inconcevable que, lorsqu'il a accordé aux catholiques romains du Haut-Canada le privilège d'avoir leurs propres écoles séparées, le législateur ait pu vouloir faire perdre toute valeur à ce privilège en autorisant le Conseil de l'instruction publique de la province à limiter par voie de règlement l'enseignement qui pourrait être donné dans ces écoles.

J'approuve aussi les observations suivantes du juge en chef Anglin, à la p. 671:

[TRADUCTION] Les lois qui autorisent les élèves à fréquenter jusqu'à l'âge de 21 ans les écoles communes et séparées n'ont certainement pas été conçues pour permettre au Conseil de l'instruction publique, sous le couvert de la réglementation, de restreindre les programmes qui, selon ce que pourraient prévoir les syndics, ne conviendraient qu'à des élèves, disons de 12 ou même de 16 ans tout au plus.

Comme on l'a énergiquement rappelé au cours du débat, ce serait là interdire, non réglementer [. . .] Si le pouvoir réglementaire du Conseil de l'instruction publique pouvait ainsi être exercé, le travail des écoles pour-

indefinitely cut down But that an emasculation of the courses of study which Catholic separate school trustees were at the Union entitled to provide in their denominational schools for pupils up to 21 years of age, would prejudicially affect a right or privilege with respect to such schools legally enjoyed by them is indisputable Legislation purporting to authorize such an injustice would contravene s. 93 (1) of the *British North America Act*; and it is obvious that what the legislature cannot do by direct action its creature may not do by regulation.

In the Privy Council Viscount Haldane noted (without any elaboration) at p. 389 that "it is indeed true that power to regulate merely does not imply a power to abolish". But he did not go on to point out that a right subject to a power of regulation is nevertheless a right and that the power must be exercised in conformity with the objectives of the Act. He simply concluded that the existence of the regulatory power at the date of Confederation, even although it had never been exercised up to the time of Confederation, prevented the separate schools at the time of Confederation from having the right to provide a secondary level of education for their pupils. For the reasons I have expressed above, this conclusion does not appear to me to be sound.

The Privy Council's disposition of the funding issue is, in my respectful view, equally unsatisfactory. The Privy Council seems not to have fully appreciated the purpose of s. 20 of the *Scott Act* and its relationship to s. 120 of the *Common Schools Act* of 1859. The whole purpose of these two sections was to preserve the separate school system. The security afforded the Roman Catholic minority through the tying of funding for its schools to a proportion of the funding for the common schools was in the certainty that the Legislature would never cut off funding for the common schools. There would therefore always be a grant in which the separate schools would be entitled to share. However, by interpreting "otherwise appropriated by law" as permitting appropriations to schools other than "common schools" serving the majority, the Privy Council created a result quite contrary to the one which seems to have been intended by the draftsmen of the *Scott Act*. It created a situation where the schools of the

rait être réduit indéfiniment [. . .] Il est indiscutable que l'émasculation des matières que les syndics des écoles catholiques séparées étaient, à l'époque de l'Union, en droit d'offrir aux élèves de leurs écoles confessionnelles jusqu'à l'âge de 21 ans, porterait préjudice à un droit ou à un privilège dont ces écoles jouissaient légalement; [. . .] Une mesure législative qui aurait pour effet d'autoriser une telle injustice contreviendrait au par. 93(1) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*; or il est évident que ce que le législateur ne peut faire directement, sa créature ne peut le faire par voie de règlement.

Au Conseil privé, le vicomte Haldane note (sans plus), à la p. 389, que [TRADUCTION] «en effet, il est vrai que le simple pouvoir de réglementer ne sous-entend pas le pouvoir d'abolir». Mais il ne va pas jusqu'à souligner qu'un droit limité par un pouvoir de réglementation constitue néanmoins un droit et que ce pouvoir doit être exercé conformément aux objectifs de la Loi. Il conclut simplement que l'existence du pouvoir réglementaire à l'époque de la Confédération, même s'il n'avait jamais été exercé avant cela, empêchait les écoles séparées, au moment de la Confédération, d'avoir le droit d'offrir un enseignement de niveau secondaire à leurs élèves. Pour les raisons que j'ai précédemment données, cette conclusion me paraît mal fondée.

Avec égards, j'estime que la décision du Conseil privé sur la question du financement est également insatisfaisante. Le Conseil privé semble ne pas avoir apprécié à sa juste valeur l'objet de l'art. 20 de la *loi Scott* et son rapport avec l'art. 120 de la *Common Schools Act* de 1859. L'objet même de ces deux articles était de préserver le système des écoles séparées. La garantie accordée à la minorité catholique en liant les fonds affectés à ses écoles à une proportion des fonds affectés aux écoles communes, reposait sur la certitude que le législateur ne cesserait jamais de financer les écoles communes. Il y aurait donc toujours des fonds dont une part reviendrait aux écoles séparées. Mais, en interprétant l'expression [TRADUCTION] «que la loi n'affecte pas à d'autres fins» comme autorisant des affectations de fonds à d'autres écoles que les «écoles communes» desservant la majorité, le Conseil privé arrive à un résultat tout à fait contraire à celui que semblent avoir voulu les rédacteurs de la *loi Scott*. Il crée une situation où les écoles de la

majority could be fully funded by the Legislature but the separate schools' funding was dependent upon the grace, generosity and good will of the Legislature. This hardly seems consonant with the purpose of the *Scott Act*, which, as stated in its preamble, was to:

... restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights which they formerly enjoyed in respect to separate Schools, and to bring the provisions of the Law respecting Separate Schools more in harmony with the provisions of the Law respecting Common Schools . . .

The view expressed by Anglin C.J. in this Court's decision in *Tiny* at pp. 678-79 seems apposite:

To exclude from the additional monetary benefits in which the right to "a share" was conferred on the separate schools in 1863 grants "for a common school purpose" . . . would defeat the apparent intention of the Legislature in 1863 to put separate schools on a footing of absolute equality with common schools in regard to all grants, municipal or legislative, of public moneys.

If, therefore, a grant of public moneys is made by the Legislature or by a municipal authority to aid or assist in the carrying out of what would in 1867 have been deemed a common school purpose, either it must be so made that it is apportionable between the common schools (or their present day successors) and the separate schools, or compensation to the latter for their proportion of such grant must be provided for.

A further reason why the rights of separate school supporters to a secondary level of instruction should not be dismissed as non-rights and why the phrase "otherwise expressly appropriated by law" in s. 120 of the *Common Schools Act* of 1859 should not be interpreted so broadly as to allow the Legislature to impair the funding of separate schools, is that s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* was intended to give constitutional value to the rights and privileges conferred in the *Scott Act* and the *Common Schools Act* of 1859. Section 93(1) should, in my view, be interpreted in a way which implements its clear purpose which was to provide a firm protection for Roman Catholic education in the Province of Ontario and Protestant education in the Province of Quebec. To interpret the provisions of the *Scott Act* and the *Common Schools Act* of 1859 in the way in which

majorité peuvent être entièrement financées par l'assemblée législative, mais où les fonds affectés aux écoles séparées dépendent de sa mansuétude, de sa générosité et de son bon vouloir. Cela semble difficilement compatible avec l'objet de la *loi Scott*, lequel est, selon son préambule, de:

... réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées dont ils jouissaient autrefois, d'établir une plus grande uniformité entre les lois qui règlent les écoles séparées et celles des écoles communes: . . .

Le point de vue exprimé par le juge en chef Anglin, aux pp. 678 et 679 de l'arrêt *Tiny* de cette Cour, semble particulièrement pertinente:

[TRADUCTION] Exclure les subventions «aux fins des écoles communes» des avantages monétaires supplémentaires que le droit à «une part» a accordé en 1863 aux écoles séparées [. . .] aurait pour effet de contrecarrer l'intention manifeste du législateur, en 1863, de placer les écoles séparées sur un pied d'égalité absolue avec les écoles communes en ce qui concerne toutes les affectations, municipales ou législatives, de fonds publics.

Donc, si le législateur ou une autorité municipale octroie des deniers publics pour venir en aide ou porter assistance à la réalisation de ce qui, en 1867, aurait été réputé constituer une fin des écoles communes, ou bien les fonds affectés doivent être partagés entre les écoles communes (ou celles qui les ont remplacées aujourd'hui) et les écoles séparées, ou bien une indemnité pour leur part de cette subvention doit leur être versée.

L'autre raison pour laquelle le droit des contribuables des écoles séparées à un enseignement de niveau secondaire ne saurait être rejeté comme étant inexistant et pour laquelle l'expression [TRADUCTION] «que la loi n'affecte pas expressément à d'autres fins» de l'art. 120 de la *Common Schools Act* de 1859 ne devrait pas recevoir une interprétation large au point d'autoriser le législateur à diminuer le financement des écoles séparées, est que le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* était destiné à conférer une valeur constitutionnelle aux droits et privilèges attribués par la *loi Scott* et la *Common Schools Act* de 1859. Le paragraphe 93(1) devrait, à mon avis, être interprété de manière à réaliser son objet manifeste qui est d'accorder une solide protection à l'enseignement catholique dans la province de l'Ontario et à l'enseignement protestant dans la province de

the Privy Council interpreted them in *Tiny* is to render this constitutionalized protection illusory and wholly undermine this historically important compromise.

I would therefore conclude that Roman Catholic separate school supporters had at Confederation a right or privilege, by law, to have their children receive an appropriate education which could include instruction at the secondary school level and that such right or privilege is therefore constitutionally guaranteed under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. My reasons in support of this conclusion may be briefly summarized. By section 7 of the *Scott Act* separate school trustees were given the same powers and duties as common school trustees. They were subject to a duty to allow pupils between the ages of 5 and 21 to attend their schools and to provide them with a suitable education. As in the case of the common school trustees the separate school trustees had, by law, a right to manage and control their schools. They also had a broad power, subject to regulation by the Council of Public Instruction, to determine the courses to be taught and to prescribe the level of education required to meet the needs of the local community. As Anglin C.J. pointed out in *Tiny* this was not a mere practice tolerated by the educational authorities but was permitted by law. I believe the Privy Council was in error in holding that the existence of the Council's general regulatory power (which, in my view, had to be exercised in conformity with the provisions of the enabling statute) nullified the trustees' power to provide a secondary level of instruction in their schools if they deemed it appropriate.

It is clear that if the foregoing right was to be meaningful an adequate level of funding was required to support it. This Court held unanimously in *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575, that the right

Québec. Interpréter les dispositions de la *loi Scott* et de la *Common Schools Act* de 1859 comme l'a fait le Conseil privé dans son arrêt *Tiny* a pour effet de rendre illusoire cette garantie constitutionnalisée et de miner totalement cet important compromis historique.

Je suis donc d'avis de conclure que les contribuables des écoles séparées catholiques jouissaient en vertu de la loi, à l'époque de la Confédération, d'un droit ou privilège, pour ce qui était de voir leurs enfants recevoir une éducation appropriée qui pouvait inclure un enseignement de niveau secondaire, et que ce droit ou privilège est par conséquent garanti constitutionnellement par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Mes raisons pour arriver à cette conclusion peuvent être résumées brièvement.   l'article 7 de la *loi Scott*, les syndics des écoles séparées se sont vu attribuer les mêmes pouvoirs et obligations que les syndics des écoles communes. Ils avaient l'obligation d'autoriser les élèves âgés de 5 à 21 ans à fréquenter leurs écoles et de leur donner un enseignement adéquat. Comme dans le cas des syndics des écoles communes, les syndics des écoles séparées jouissaient, en vertu de la loi, du droit d'administrer et de diriger leurs écoles. Ils détenaient aussi un large pouvoir, sous réserve des réglementations pris par le Conseil de l'instruction publique, pour ce qui était de choisir les matières à enseigner et de prescrire le niveau d'enseignement approprié aux besoins de la collectivité locale. Comme le juge en chef Anglin l'a souligné dans l'arrêt *Tiny*, ce n'était pas là une simple pratique tolérée par les autorités responsables de l'éducation; cela était permis par la loi. Je crois que le Conseil privé a eu tort de conclure que l'existence d'un pouvoir réglementaire général du Conseil (qui, à mon avis, devait être exercé conformément aux dispositions de la loi habilitante) avait pour effet d'annuler le pouvoir des syndics d'offrir un enseignement de niveau secondaire dans leurs écoles, s'ils le jugeaient opportun.

Il est manifeste que, pour que le droit précité ait un sens, il doit s'accompagner d'une affectation de fonds adéquate. Cette Cour a conclu à l'unanimité, dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575,

of dissentient schools in Quebec to a proportionate share of government funding was a right protected by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. Likewise, in my view, the right of separate schools in Ontario. They were entitled to the proportionate funding provided for in s. 20 of the *Scott Act*. This conclusion, it seems to me, is fully consistent with the clear purpose of s. 93, namely that the denominational minority's interest in a separate but suitable education for its children be protected into the future. I would therefore conclude (subject to the comments that follow on the applicability of the *Charter of Rights*) that Bill 30, which returns rights constitutionally guaranteed to separate schools by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, is *intra vires* the Provincial Legislature.

(c) *The applicability of the Charter of Rights*

The appellants urged upon the Court that Bill 30 contravened s. 15 and s. 2(a) of the *Charter* in that it provided full funding for Roman Catholic secondary schools but not for other secondary schools, denominational or non-denominational, in the province. The respondents submit that s. 29 of the *Charter* is a complete answer to this allegation. Section 29 provides:

29. Nothing in this Charter abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution of Canada in respect of denominational, separate or dissentient schools.

This section, the respondents argued, makes Bill 30 immune from *Charter* review because Bill 30 deals with "rights or privileges guaranteed ... under the Constitution of Canada". The respondents are no doubt correct if Bill 30 is supported under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. It would then fall fairly and squarely within the language of s. 29. The *Charter* cannot be applied so as to abrogate or derogate from rights or privileges guaranteed by or under the Constitution. But does s. 29 provide immunity from *Charter* review if the Bill is supportable only under the plenary power and s. 93(3)?

que le droit des écoles dissidentes au Québec à une part proportionnée du financement assuré par le gouvernement est un droit garanti par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À mon avis, on peut en dire autant du droit des écoles séparées en Ontario. Elles avaient droit au financement proportionnel prévu par l'art. 20 de la *loi Scott*. Cette conclusion, me semble-t-il, est tout à fait conforme à l'objet manifeste de l'art. 93, savoir que l'intérêt de la minorité confessionnelle à ce que ses enfants reçoivent un enseignement séparé mais adéquat soit garanti pour l'avenir. Je suis donc d'avis de conclure (sous réserve des observations qui suivent sur l'applicabilité de la *Charte des droits*) que le projet de loi 30, qui rétablit les droits garantis aux écoles séparées par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, relève de la compétence de l'assemblée législative de la province.

c) *L'applicabilité de la Charte des droits*

Les appelants ont fait valoir devant cette Cour que le projet de loi 30 enfreint l'art. 15 et l'al. 2a) de la *Charte* en ce qu'il prescrit le financement complet des écoles secondaires catholiques, mais non celui des autres écoles secondaires, confessionnelles ou non, de la province. Les intimés répliquent que l'art. 29 de la *Charte* réfute entièrement cette allégation. L'article 29 porte:

29. Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

Cet article, soutiennent les intimés, met le projet de loi 30 à l'abri d'un examen en vertu de la *Charte*, puisqu'il traite des «droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada». Il ne fait pas de doute que les intimés auront raison si le projet de loi 30 est étayé par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il serait alors nettement visé par le texte de l'art. 29. La *Charte* ne saurait être appliquée de façon à porter atteinte aux droits ou privilèges garantis par la Constitution ou en vertu de la Constitution. Mais l'art. 29 a-t-il pour effet de protéger contre un examen en vertu de la *Charte* si le projet de loi ne peut être étayé que par le pouvoir absolu et par le par. 93(3)?

The respondents submitted that post-Confederation legislation enacted under the Legislature's plenary power in relation to education and s. 93(3), while it may not be guaranteed by the constitution, is guaranteed *under* the constitution and is therefore immune from *Charter* review under s. 29. I have some difficulty with this submission if what the respondents are saying is that rights or privileges acquired under legislation enacted by a province pursuant to its plenary power in relation to education in the opening words of s. 93 have the same protection as the rights and privileges protected by s. 93(1). This cannot be so. It is clear from the wording of s. 93(3) that post-Confederation legislation referred to in that subsection may be subsequently amended or repealed by the legislature which passed it in a way which affects rights or privileges initially granted by it. The only recourse if such occurs is an appeal to the Governor General in Council. It cannot be concluded, therefore, that rights or privileges conferred by post-Confederation legislation under s. 93(3) are "guaranteed" within the meaning of s. 29 in the same way as rights or privileges under s. 93(1).

This does not mean, however, that such rights or privileges are vulnerable to attack under ss. 2(a) and 15 of the *Charter*. I have indicated that the rights or privileges protected by s. 93(1) are immune from *Charter* review under s. 29 of the *Charter*. I think this is clear. What is less clear is whether s. 29 of the *Charter* was required in order to achieve that result. In my view, it was not. I believe it was put there simply to emphasize that the special treatment guaranteed by the constitution to denominational, separate or dissentient schools, even if it sits uncomfortably with the concept of equality embodied in the *Charter* because not available to other schools, is nevertheless not impaired by the *Charter*. It was never intended, in my opinion, that the *Charter* could be used to invalidate other provisions of the Constitution, particularly a provision such as s. 93 which represented a fundamental part of the Confedera-

Les intimés font valoir que la législation adoptée après la Confédération en vertu du par. 93(3) et du pouvoir absolu que possède l'assemblée législative en matière d'éducation, même s'il se peut qu'elle ne soit pas garantie *par* la Constitution, est néanmoins garantie *en vertu de* la Constitution et échappe donc à tout examen en vertu de l'art. 29 de la *Charte*. Le problème que j'éprouve avec cet argument découle de ce que les intimés affirment que les droits ou privilèges acquis en vertu des lois qu'une province a adoptées conformément au pouvoir absolu que lui confère en matière d'éducation la disposition liminaire de l'art. 93, jouissent de la même protection que les droits et privilèges garantis par le par. 93(1). Il ne peut en être ainsi. Il ressort clairement du texte du par. 93(3) que les lois adoptées après la Confédération, dont on parle dans ce paragraphe, peuvent être ultérieurement modifiées ou abrogées par l'assemblée législative qui les a adoptées, d'une manière qui affecte les droits ou privilèges qu'elles accordaient initialement. Le cas échéant, le seul recours possible consiste à interjeter appel au gouverneur général en conseil. On ne saurait donc conclure que les droits ou privilèges conférés par les lois adoptées après la Confédération, dont il est question au par. 93(3), sont «garantis» au sens de l'art. 29 de la même manière que les droits ou privilèges visés par le par. 93(1).

Toutefois, cela ne signifie pas que ces droits ou privilèges peuvent être contestés en vertu de l'al. 2a) et de l'art. 15 de la *Charte*. J'ai indiqué que les droits ou privilèges garantis par le par. 93(1) ne peuvent faire l'objet d'un examen en vertu de l'art. 29 de la *Charte*. J'estime que cela est clair. Ce qui est moins clair, c'est la question de savoir si l'art. 29 de la *Charte* était nécessaire pour atteindre ce résultat. J'estime que la réponse est non. Je crois qu'on l'a placé là simplement pour souligner que la *Charte* ne porte pas atteinte au traitement spécial que la Constitution garantit aux écoles confessionnelles, séparées ou dissidentes, même s'il s'accorde mal avec le concept de l'égalité enchâssé dans la *Charte* du fait que les autres écoles ne peuvent en bénéficier. À mon avis, on n'a jamais voulu que la *Charte* puisse servir à annuler d'autres dispositions de la Constitution et, en particulier, une disposition comme l'art. 93 qui représente une partie

tion compromise. Section 29, in my view, is present in the *Charter* only for greater certainty, at least in so far as the Province of Ontario is concerned.

To put it another way, s. 29 is there to render immune from *Charter* review rights or privileges which would otherwise, i.e., but for s. 29 be subject to such review. The question then becomes: does s. 29 protect rights or privileges conferred by legislation passed under the province's plenary power in relation to education under the opening words of s. 93? In my view, it does although again I do not believe it is required for this purpose. The Confederation compromise in relation to education is found in the whole of s. 93, not in its individual parts. The section 93(3) rights and privileges are not guaranteed in the sense that the s. 93(1) rights and privileges are guaranteed, i.e., in the sense that the legislature which gave them cannot later pass laws which prejudicially affect them. But they are insulated from *Charter* attack as legislation enacted pursuant to the plenary power in relation to education granted to the provincial legislatures as part of the Confederation compromise. Their protection from *Charter* review lies not in the guaranteed nature of the rights and privileges conferred by the legislation but in the guaranteed nature of the province's plenary power to enact that legislation. What the province gives pursuant to its plenary power the province can take away, subject only to the right of appeal to the Governor General in Council. But the province is master of its own house when it legislates under its plenary power in relation to denominational, separate or dissentient schools. This was the agreement at Confederation and, in my view, it was not displaced by the enactment of the *Constitution Act, 1982*. As the majority of the Court of Appeal concluded at pp. 575-76:

These educational rights, granted specifically to the Protestants in Quebec and the Roman Catholics in Ontario, make it impossible to treat all Canadians equally. The country was founded upon the recognition

fondamentale du compromis fédéral. L'article 29 n'est, à mon sens, présent dans la *Charte* que pour assurer une plus grande certitude, en ce qui concerne tout au moins la province de l'Ontario.

^a En d'autres termes, l'art. 29 est là pour protéger contre tout examen en vertu de la *Charte* les droits ou privilèges qui autrement, n'était-ce de cet article, pourraient faire l'objet d'un tel examen. La question devient alors la suivante: l'art. 29 protège-t-il les droits ou privilèges acquis en vertu des lois que la province a adoptées conformément au pouvoir absolu que lui confère en matière d'éducation la disposition liminaire de l'art. 93? J'estime que ^b oui même si, encore une fois, je ne crois pas qu'il soit nécessaire à cette fin. Le compromis fédéral en matière d'éducation se trouve dans l'ensemble de l'art. 93 et non dans ses éléments constitutifs pris individuellement. Les droits et privilèges du par. 93(3) ne sont pas garantis dans le même sens que les droits et privilèges du par. 93(1) le sont, c'est-à-dire en ce sens que l'assemblée législative qui les a conférés ne peut, par la suite, adopter ^c des lois qui leur portent atteinte. Cependant, ils sont à l'abri de toute contestation fondée sur la *Charte* en tant que lois adoptées conformément au pouvoir absolu en matière d'éducation que se sont vu accorder les assemblées législatives provinciales ^d dans le cadre du compromis fédéral. Leur protection contre tout examen fondé sur la *Charte* réside non pas dans la nature garantie des droits et privilèges conférés par des lois, mais bien dans la nature garantie du pouvoir absolu de la province ^e d'adopter ces lois. Ce que la province donne conformément à son pouvoir absolu, elle peut le reprendre sous réserve seulement du droit d'interjeter appel au gouverneur général en conseil. Mais ^f la province est maître dans sa propre maison lorsqu'elle légifère en vertu de son pouvoir absolu en matière d'écoles confessionnelles, séparées ou dissidentes. C'est là l'entente qui a été conclue à la Confédération et à laquelle, à mon avis, l'adoption ^g de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a rien changé. Comme la Cour d'appel à la majorité l'a conclu aux pp. 575 et 576: ^h

[TRADUCTION] Ces droits en matière d'éducation, accordés expressément aux protestants du Québec et aux catholiques romains de l'Ontario, rendent impossible de traiter tous les Canadiens également. Le pays a été

of special or unequal educational rights for specific religious groups in Ontario and Quebec. The incorporation of the *Charter* into the *Constitution Act, 1982*, does not change the original Confederation bargain. A specific constitutional amendment would be required to accomplish that.

I would conclude, therefore, that even if Bill 30 is supportable only under the province's plenary power and s. 93(3) it is insulated from *Charter* review.

5. Disposition

I would dismiss the appeal but in the circumstances without costs. I would answer the Reference question as follows:

Question Is Bill 30, An Act to amend the Education Act inconsistent with the provisions of the Constitution of Canada including the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, in what particular or particulars and in what respect?

Answer No.

The reasons of Beetz and Estey JJ. were delivered by

ESTEY J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment of my colleague Wilson J. and, with respect, I reach the same conclusion but by a different and shorter route. In the result, I conclude that Bill 30, *An Act to amend the Education Act*, is not inconsistent with the provisions of the Constitution of Canada. Because Wilson J. has fully set out and reviewed the Bill which gave rise to these proceedings, the circumstances which led up to the appeal to this Court, and the judgments in the Court of Appeal, it is possible to proceed directly to the issues required to be settled in the disposition of this appeal.

The first question that must be addressed in this appeal is whether Bill 30 is a valid exercise of the provincial power in relation to education under the opening words of s. 93 and s. 93(3) of the *Constitution Act, 1867*. Like my colleague Wilson J., I conclude that Bill 30 is a valid exercise of this provincial power. The only remaining question is whether the exercise of this valid provincial power

fondé sur la reconnaissance de droits spéciaux ou inégaux en matière d'éducation pour certains groupes religieux précis de l'Ontario et du Québec. L'incorporation de la *Charte* dans la *Loi constitutionnelle de 1982* ne saurait modifier le pacte fédéral initial. Une modification constitutionnelle expresse serait nécessaire à cette fin.

Par conséquent, je suis d'avis de conclure que, même si le projet de loi 30 n'est étayé que par le pouvoir absolu de la province et par le par. 93(3), il est à l'abri d'un examen fondé sur la *Charte*.

5. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, sans dépens dans les circonstances, et de répondre ainsi à la question posée dans le présent renvoi:

Question Le projet de loi 30, la Loi modifiant la Loi sur l'éducation, est-il incompatible avec les dispositions de la Constitution du Canada, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, sous quel aspect et à quel égard?

Réponse Non.

Version française des motifs des juges Beetz et Estey rendus par

LE JUGE ESTEY—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de ma collègue le juge Wilson or, je dois dire, avec égards, que j'arrive à la même conclusion par une voie différente et plus courte. Pour ce qui est du résultat, je conclus que le projet de loi 30, *An Act to amend the Education Act*, n'entre pas en conflit avec les dispositions de la Constitution du Canada. Le juge Wilson ayant exposé au long et soigneusement étudié le projet de loi en cause, les circonstances ayant conduit au pourvoi dont la Cour est saisie ainsi que les opinions et l'arrêt de la Cour d'appel, je puis en venir directement aux questions qui doivent être réglées pour statuer sur le pourvoi.

La première question à étudier est de savoir si le projet de loi 30 constitue un exercice valide de la compétence provinciale en matière d'éducation, fondée à la fois sur la disposition liminaire de l'art. 93 et sur le par. 93(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Tout comme ma collègue le juge Wilson, je conclus que le projet de loi 30 représente effectivement un exercice valide de cette compétence

can be limited, or in this case entirely truncated, by the operation of the *Charter*. This judgment concludes that the *Charter* cannot operate to erase this provincial power under the Constitution. Bill 30 is therefore upheld. Unlike my colleague Wilson J., I conclude with respect that it is therefore unnecessary to consider the operation of s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, to re-examine the scope of the rights guaranteed to Roman Catholics by the *Constitution Act, 1867*, or to reconsider the decision of the Privy Council on that issue in *Tiny Separate School Trustees v. The King*, [1928] A.C. 363. This judgment of the Privy Council supports and indeed relies upon the factual conclusions reached in all the courts below except the Supreme Court. It would be most inappropriate and indeed dangerous for this Court over half a century later to review and then reverse or revise findings of fact made at trial by Rose J., confirmed by a unanimous Court of Appeal and undisturbed by the even division of this Court. At the Supreme Court, Duff J., who had been both a student and a teacher in the school systems of Ontario there under examination, agreed with the factual findings of the courts below. Where it is not essential to the disposition of the issue here, it would be imprudent for an appellate court sitting almost sixty years distant from the scene to reassess a factual situation peculiarly within the experience of the members of the lower courts who were called upon to make their judgment of then recent history. For all these reasons, in my view, *Tiny, supra*, should not now be reopened. The state of separate school education in 1867 in Ontario is in my view, therefore, wholly irrelevant to the measurement of the constitutionality of Bill 30 in this appeal.

Before one can discuss the main point around which this appeal turns it is necessary to clear away some underbrush which, though argued at length, in truth only conceals the main point.

provinciale. La seule question qui demeure est celle de savoir si l'exercice valide de cette compétence provinciale peut être limité, ou en l'espèce entièrement supprimé, par le jeu de la *Charte*.
 a Dans les présents motifs, je conclus que la *Charte* ne saurait jouer de façon à écarter cette compétence provinciale attribuée par la Constitution. Le projet de loi 30 est donc confirmé. Contrairement au juge Wilson, je conclus avec égards qu'il n'est
 b donc pas nécessaire de rechercher comment fonctionne le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de réexaminer la portée des droits que la *Loi constitutionnelle de 1867* garantit aux catholiques,
 c ni de revoir l'arrêt rendu à ce sujet par le Conseil privé dans l'affaire *Tiny Separate School Trustees v. The King*, [1928] A.C. 363. Cet arrêt confirme les conclusions de fait de tous les tribunaux d'instance inférieure, sauf celles de la Cour suprême, et
 d d'ailleurs s'appuie sur elles. Il serait des plus inopportuns et même dangereux que cette Cour, plus d'un demi-siècle plus tard, révise ou renverse les conclusions de fait du juge Rose en première instance, confirmées par une cour d'appel unanime,
 e sans que le partage égal d'opinions en cette Cour ne les ait perturbées. En Cour suprême, le juge Duff, à la fois ancien étudiant et professeur dans les réseaux scolaires de l'Ontario alors à l'étude, a
 f accepté les conclusions de fait des tribunaux d'instance inférieure. Puisqu'il n'est pas essentiel au règlement de la question en l'espèce, il serait imprudent qu'une cour d'appel, siégeant quelque
 g soixante ans plus tard, réévalue une situation de fait compte tenu particulièrement de l'expérience des membres des cours d'instance inférieure qui devaient se prononcer sur une histoire pour eux quasi-contemporaine. Pour toutes ces raisons, à mon avis, l'arrêt *Tiny*, précité, ne devrait pas être
 h réouvert. L'état de l'enseignement donné dans les écoles séparées en 1867 en Ontario n'a donc, à mon avis, aucune importance quand il s'agit de s'assurer de la constitutionnalité du projet de loi 30
 i en l'espèce.

Avant d'en arriver au point principal sur lequel repose le pourvoi, il est nécessaire de procéder à un certain défrichage qui, quoiqu'on ait débattu de tous ses tenants et aboutissants, en vérité, ne sert qu'à cacher l'essentiel.

1. The Opening Words of s. 93, and s. 93(3) of the Constitution Act, 1867

The provisions of the *Constitution Act, 1867* which are relevant to this appeal are as follows:

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:

(3) Where in any Province a System of Separate or Dissident Schools exists by Law at the Union or is thereafter established by the Legislature of the Province, an Appeal shall lie to the Governor General in Council from any Act or Decision of any Provincial Authority affecting any Right or Privilege of the Protestant or Roman Catholic Minority of the Queen's Subjects in relation to Education.

(4) In case any such Provincial Law as from Time to Time seems to the Governor General in Council requisite for the due Execution of the Provisions of this Section is not made, or in case any Decision of the Governor General in Council on any Appeal under this Section is not duly executed by the proper Provincial Authority in that Behalf, then and in every such Case, and as far only as the Circumstances of each Case require, the Parliament of Canada may make remedial Laws for the due Execution of the Provisions of this Section and of any Decision of the Governor General in Council under this Section.

The opening words of s. 93 are a clear grant of legislative power to the province, providing the province with the authority to make laws in relation to education. As such, the opening words of s. 93 are similar to the various grants of provincial power found in s. 92 of the *Constitution Act, 1867* and might well have been included in s. 92 along with the related federal responsibility under s. 93(3). This would have resulted in a subsection of s. 92 in a form very similar to that of s. 92(10) (Local Works and Undertakings) which also acknowledges a related federal authority.

1. La disposition liminaire de l'art. 93 et le par. 93(3) de la Loi constitutionnelle de 1867

Les dispositions pertinentes de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont les suivantes:

93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

(3) dans toute province où un système d'écoles séparées ou dissidentes existe en vertu de la loi, lors de l'Union, ou sera subséquemment établi par la législature de la province, il pourra être interjeté appel au gouverneur général en conseil de tout acte ou décision d'une autorité provinciale affectant l'un quelconque des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de la Reine relativement à l'éducation;

(4) au cas où n'aura pas été édictée la loi provinciale, de temps à autre, le gouverneur général en conseil aura jugée nécessaire pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article — ou lorsqu'une décision du gouverneur général en conseil, sur un appel interjeté en vertu du présent article, n'aura pas été dûment mise à exécution par l'autorité provinciale compétente en l'espèce —, le Parlement du Canada, en pareille occurrence et dans la seule mesure où les circonstances de chaque cas l'exigeront, pourra édicter des lois réparatrices pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article, ainsi qu'à toute décision rendue par le gouverneur général en conseil sous l'autorité de ce même article.

La disposition liminaire de l'art. 93 confère une compétence législative manifeste à la province, lui octroyant le pouvoir de légiférer sur l'éducation. À ce titre, la disposition liminaire de l'art. 93 est analogue aux diverses attributions de compétences provinciales que l'on retrouve à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, aussi aurait-elle fort bien pu être incluse à l'art. 92, avec la responsabilité fédérale prévue au par. 93(3). Ceci aurait donné un alinéa à cet éventuel paragraphe de l'art. 92 de forme très semblable au par. 92(10) (ouvrages et entreprises locaux) qui, lui aussi, reconnaît une compétence fédérale connexe.

Section 93(3) provides for an appeal to the Governor General in Council when “any Act or Decision of any Provincial Authority” affects any right or privilege “of the Protestant or Roman Catholic Minority” that existed either: (a) at the time of Confederation, or (b) was “thereafter established by the Legislature”. Subsection (3) thus contemplates that after Confederation the legislature may establish a new system of separate schools or may enlarge an existing system of separate schools. Should this system of schools be later repealed or otherwise affected by the legislature, an appeal to the Governor General in Council would lie, in addition to any right to appeal to the courts challenging legislative action prejudicially affecting the rights guaranteed under s. 93(1).

When read with the opening words of s. 93, which provide the province with a general plenary power to “exclusively make laws in relation to Education”, it is clear that the province can make any laws with respect to education subject only to two limitations. First, any such laws may not violate the minimum constitutional guarantees found in s. 93(1), and second, the exercise of this provincial power may also face federal intervention under s. 93(4). Support for this general proposition can be found in both *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, and *Tiny Separate School Trustees v. The King*, *supra*.

With respect to the operation s. 93(3), Lord Halsbury L.C., speaking for the Privy Council in *Brophy*, *supra*, stated at p. 220:

It is admitted that the 3rd and 4th sub-sections of sect. 93 (the latter of which is, as has been observed, identical with sub-sect. 3 of sect. 22 of the Manitoba Act) were not intended to have effect merely when a provincial Legislature had exceeded the limit imposed on its powers by sub-sect. 1, for sub-sect. 3 gives an appeal to the Governor-General, not only where a system of separate or dissentient schools existed in a province at the time of the Union, but also where in any province such a system was “thereafter established by the Legislature of the province”. It is manifest that this relates to a state of things created by post-Union legislation.

Le paragraphe 93(3) confère un droit d'appel au gouverneur général en conseil «de tout acte ou décision d'une autorité provinciale» affectant l'un quelconque des droits ou privilèges «de la minorité protestante ou catholique romaine» existant soit: a) à l'époque de la Confédération, ou b) «subséquentement établi par la législature». Le paragraphe (3) prévoit donc qu'après la Confédération la législature peut instaurer un nouveau réseau d'écoles séparées ou agrandir un réseau d'écoles séparées existant. Advenant que ce réseau d'écoles soit par la suite abrogé ou de quelque autre manière modifié par le législateur, il pourrait être interjeté appel au gouverneur général en conseil, outre tout droit d'agir devant les tribunaux pour contester la mesure législative qui préjudicie aux droits garantis par le par. 93(1).

Rapproché de la disposition liminaire de l'art. 93, qui confère à la province une compétence générale absolue d'«exclusivement légiférer sur l'éducation», le paragraphe montre clairement que la province peut légiférer comme elle l'entend en matière d'éducation sous deux réserves uniquement: d'abord, toute loi de ce genre ne saurait violer les garanties constitutionnelles minimales que l'on retrouve au par. 93(1) et, ensuite, l'exercice de cette compétence provinciale peut aussi se heurter à une intervention fédérale en vertu du par. 93(4). Cette proposition générale est appuyée tant par l'arrêt *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202, que par l'arrêt *Tiny Separate School Trustees v. The King*, précité.

Quant au par. 93(3), lord Halsbury, lord chancelier, au nom du Conseil privé dit, dans l'arrêt *Brophy*, précité, à la p. 220:

[TRADUCTION] Il est admis que les par. 93(3) et 93(4) (ce dernier étant, comme on l'a fait remarquer, identique au par. 22(3) de la Loi sur le Manitoba) ne sont pas censés jouer seulement lorsqu'une législature provinciale dépasse la limite qu'impose à ses pouvoirs le par. (1), car le par. (3) prévoit un appel devant le gouverneur général, non seulement lorsqu'un système d'écoles séparées ou dissidentes existait dans une province lors de l'Union, mais aussi lorsqu'un tel système a été «subséquentement établi par la législature de la province». De toute évidence, on y vise une situation créée par des lois adoptées postérieurement à l'Union.

The Privy Council in *Tiny, supra*, returned to the analysis of s. 93(3), when Viscount Haldane stated at pp. 369-70:

Sub-s. 3 contemplates that within the powers of the Provincial legislature Acts might be passed which did affect rights and privileges of religious minorities in relation to education, and gives a different kind of remedy, which appears, as has already been pointed out, to have been devised subsequently to the Quebec resolutions of 1864, and before the bill of 1867 was agreed on. Whenever an Act or decision of a Provincial authority affecting any right or privilege of the minority, Protestant or Roman Catholic, in relation to education is challenged, an appeal is to lie to the Governor-General in Council, as distinguished from the Courts of law. No doubt if what is challenged is challenged on the ground of its being *ultra vires*, the right of appeal to a Court of law remains for both parties unimpaired. But there is a further right not based on the principle of *ultra vires*. That this is so is shown by the extension of the power to challenge to any system of separate or dissentient schools established by law after Confederation, and which accordingly could not be confined to rights or privileges at the time of Confederation.

The following conclusions can be drawn from the above analysis. The appeal process established by s. 93(3) is primarily a political appeal; it is not the legal right to challenge constitutionality that is found in s. 93(1). It is clear that no right of appeal lies under s. 93(3) unless there has been an "Act or Decision of any Provincial Authority" which affects rights or privileges. Rights or privileges granted after Confederation can be protected by the political appeal process in s. 93(3); rights or privileges in place at the time of Confederation can be protected by either the political appeal process in s. 93(3) or a legal challenge in the courts pursuant to s. 93(1). It is therefore a basic premise or a binding assumption on the part of the authors of s. 93(3) that for a right of appeal to arise under s. 93(3), the province has by legislation established or enlarged, after Confederation, a separate school system and has thereafter abolished or affected the rights granted to the minority under that legislation.

Le Conseil privé dans l'arrêt *Tiny*, précité, a repris l'analyse du par. 93(3), le vicomte Haldane disant aux pp. 369 et 370:

[TRADUCTION] Le paragraphe (3) prévoit que, sans que la législature provinciale ne sorte de sa compétence, des lois pourraient être adoptées qui affectent les droits ou privilèges des minorités religieuses relativement à l'éducation, et il confère un recours d'un genre différent, qui semble, comme on l'a déjà signalé, avoir été conçu après les résolutions de Québec de 1864, mais avant que l'on ne se soit entendu sur le projet de loi de 1867. Quand une loi ou une décision d'une autorité provinciale affectant un droit ou un privilège de la minorité, protestante ou catholique, relativement à l'éducation est contestée, on peut interjeter appel au gouverneur général en conseil, et non aux tribunaux. Bien entendu, si ce qui est contesté l'est pour excès de pouvoir, le droit de s'adresser à un tribunal demeure inchangé, tant pour l'une que pour l'autre des parties. Mais il existe un droit supplémentaire, qui n'est pas fondé sur le principe de l'excès de pouvoir. L'élargissement de ce pouvoir de contester à tout le réseau des écoles séparées ou confessionnelles créé par la loi après la Confédération montre bien qu'il en est ainsi, et par conséquent il ne saurait être confiné aux droits ou privilèges remontant à l'époque de la Confédération.

De l'analyse qui précède on peut tirer les conclusions qui suivent. La procédure d'appel établie par le par. 93(3) constitue d'abord et avant tout une forme d'appel politique; il ne s'agit pas du droit légal de contester la constitutionnalité que l'on trouve au par. 93(1). Il est clair qu'aucun droit d'appel n'existe en vertu du par. 93(3) s'il n'y a pas d'abord un «acte ou décision d'une autorité provinciale» qui affecte les droits ou privilèges. Les droits ou privilèges conférés après la Confédération peuvent être protégés par le recours à l'appel politique prévu au par. 93(3); les droits ou privilèges existant au moment de la Confédération peuvent être protégés par le recours à l'appel politique prévu au par. 93(3), soit par une demande en justice fondée sur le par. 93(1). Il y a donc une prémisse fondamentale ou une présomption nécessaire pour les auteurs du par. 93(3): pour qu'il y ait droit d'appel en vertu de ce paragraphe, il faut que la province ait par des lois établi ou élargi, après la Confédération, un réseau d'écoles séparées, puis qu'elle l'ait aboli ou qu'elle ait affecté les droits conférés à la minorité par ces lois.

The ultimate question posed in this appeal is whether Bill 30, which extends full funding for secondary education to separate schools already in existence, falls within the provincial power contemplated in s. 93(3). The dissent in the Court of Appeal was of the opinion that s. 93(3) did not expand the rights or privileges protected by s. 93(1) and that the reference to "thereafter established" in s. 93(3) "... would apply to a province such as Manitoba or Newfoundland which established a system of separate schools after Confederation". If this were so, these key words would have no application to Ontario. With all respect, I cannot accept the reasoning of the minority. It would in my view be quite incorrect to conclude that the words "thereafter established" in s. 93(3), and the appeal process found therein, only apply to provinces which at the time of Union had no publicly funded separate school system. There is no compelling reason to interpret so restrictively the words in s. 93(3). In my respectful view, the plain meaning of the words "thereafter established" necessarily includes additional rights or privileges, such as full funding for secondary education in Ontario, that have been granted subsequent to Confederation and in addition to the minimum rights and privileges guaranteed in s. 93(1).

I conclude therefore that this post-Confederation legislative power of the province to legislate with respect to education includes the establishment of separate schools providing education at the secondary school level. Without this post-Confederation legislative sovereignty in the province, the right of appeal which is granted under s. 93(3) would be illusory and completely without any future use. It is also important to note that s. 93(4) provides for an extraordinary federal jurisdiction over education in the event that an appeal under s. 93(3) meets with the favour of the Governor General in Council. The Parliament of Canada may make any such remedial laws as are necessary for the implementation of any decision by the Governor General in Council in response to an appeal under s. 93(3). Indeed, the federal power to enact remedial laws under s. 93(4) does not appear to be limited only to situations where there has been an appeal to the Governor General in Coun-

La question ultime que pose le pourvoi est de savoir si le projet de loi 30, qui prévoit le plein financement de l'éducation secondaire des écoles séparées déjà existantes, relève de la compétence provinciale prévue au par. 93(3). La dissidence en Cour d'appel a été d'avis que le par. 93(3) n'élargissait pas les droits ou privilèges garantis par le par. 93(1) et que les termes «subséquentement établi» du par. 93(3) [TRADUCTION] «... visent une province, telle le Manitoba ou Terre-Neuve, qui aurait établi un réseau d'écoles séparées après la Confédération». S'il en était ainsi, ces termes clés n'auraient aucune application en Ontario. Avec égards, je ne saurais souscrire au raisonnement de la minorité. Il serait à mon avis tout à fait erroné de conclure que les termes «subséquentement établi» du par. 93(3), et donc la procédure d'appel qu'on y trouve, ne s'appliquent qu'aux provinces qui, au moment de l'Union, n'avaient pas de réseau scolaire séparé financé par les fonds publics. Il n'y a aucune raison qui force à interpréter aussi étroitement les termes du par. 93(3). À mon humble avis, le sens ordinaire des termes «subséquentement établi» inclut obligatoirement les droits ou privilèges supplémentaires, tel le plein financement de l'éducation secondaire en Ontario, octroyés après la Confédération en sus des droits et privilèges minimums garantis par le par. 93(1).

Je conclus donc que cette compétence législative de la province, postérieure à la Confédération, de légiférer sur l'éducation comporte celle de créer des écoles séparées offrant un enseignement de niveau secondaire. Sans cette souveraineté législative de la province postérieure à la Confédération, le droit d'appel octroyé par le par. 93(3) serait illusoire et absolument inutile dans le futur. Il est aussi important de noter que le par. 93(4) confère une compétence fédérale extraordinaire en matière d'éducation, dans le cas où un appel interjeté en vertu du par. 93(3) trouverait faveur auprès du gouverneur général en conseil. Le Parlement du Canada peut adopter toutes les lois réparatrices nécessaires à l'exécution de toute décision du gouverneur général en conseil répondant à un appel interjeté en vertu du par. 93(3). En vérité la compétence fédérale d'adopter des lois réparatrices en vertu du par. 93(4) ne paraît nullement limitée aux seuls cas où un appel aurait été interjeté au

cil. The opening words of s. 93(4) contemplate that whenever it appears to the Governor General in Council that a provincial law is "requisite for the due Execution of the Provisions" of s. 93, Parliament may enact remedial legislation. It would appear, although it is not necessary to decide, that the remedial power of Parliament can be exercised either in the event of an appeal to the Governor General in Council or upon the initiative of the Governor General in Council should it be deemed necessary. Some counsel suggested that s. 93(4) has been effectively removed from the Constitution because it has never been used. While it is not necessary to decide whether the lack of exercise of this federal power under s. 93(4) has rendered this power obsolete or atrophic, the removal of the federal power in this matter would not reduce but could indeed strengthen the freedom of the province to exercise its unfettered power, apart from s. 93(1) which is not here applicable, under the opening part of s. 93. In any event, it should be observed that s. 93(4) is a key provision in the delicate balance of interests found in s. 93, and it is a grant of federal power as vital as any found in s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. Consequently it is difficult to understand how lack of exercise can operate as a repeal.

As a result, in order that life may be given to s. 93(3) and (4) it is fundamental that the province enjoy the power to create or add to a separate school system. The next question that must therefore be addressed is the application of the *Charter* to the exercise of this provincial power.

2. Application of the Charter of Rights

The appellants have argued that Bill 30 violates s. 2(a) and s. 15 of the *Charter* in that Bill 30 provides full funding for Roman Catholic secondary schools but not for other secondary schools, denominational or nondenominational, in the province. Section 2(a) and s. 15 of the *Charter* provide as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

gouverneur général en conseil. Les premiers mots du par. 93(4) prévoient que, si le gouverneur général en conseil est d'avis qu'une loi provinciale est «jugée nécessaire pour donner la suite voulue aux dispositions» de l'art. 93, le Parlement peut adopter une loi réparatrice. Il semblerait, bien qu'il ne soit pas nécessaire d'en décider, que le Parlement peut exercer la compétence réparatrice autant dans l'éventualité d'un appel interjeté au gouverneur général en conseil qu'à l'initiative du gouverneur général en conseil, s'il l'estimait nécessaire. Certains des avocats ont prétendu que le par. 93(4) aurait perdu toute valeur constitutionnelle, n'ayant jamais été utilisé. Quoiqu'il ne soit pas nécessaire de décider si le non-exercice de cette compétence fédérale en vertu du par. 93(4) l'a fait tomber en désuétude ou l'a atrophiée, la disparition de la compétence fédérale en cette matière ne diminuerait pas, au contraire elle renforcerait, le libre exercice par la province de ce pouvoir, fondé sur la disposition liminaire de l'art. 93 et devenu alors illimité, n'étant restreint que par le par. 93(1), inapplicable en l'espèce. Quoi qu'il en soit, on observera que le par. 93(4) constitue une disposition clé dans le délicat équilibre d'intérêts instauré par l'art. 93 et qu'il s'agit d'une attribution de compétence fédérale tout aussi vitale que celle qu'on trouve à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, il est difficile de voir comment le non-exercice aurait pu jouer pour l'abroger.

Il s'ensuit que, pour donner vie aux par. 93(3) et (4), il est fondamental que la province puisse jouir de la compétence de créer un réseau scolaire séparé ou d'y ajouter. La question qu'il faut donc maintenant examiner est de savoir si la *Charte* s'applique à l'exercice de cette compétence provinciale.

2. L'application de la Charte des droits

Les appelants ont soutenu que le projet de loi 30 viole l'al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, car le projet de loi 30 prévoit le plein financement des écoles secondaires catholiques mais non celui des autres écoles secondaires, confessionnelles ou non, de la province. L'alinéa 2a) et l'art. 15 de la *Charte* portent:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

(a) freedom of conscience and religion;

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.

It is axiomatic (and many counsel before this Court conceded the point) that if the *Charter* has any application to Bill 30, this Bill would be found discriminatory and in violation of s. 2(a) and s. 15 of the *Charter of Rights*. Notwithstanding this conclusion, the real contest in this appeal is clearly between the operation of the *Charter* in its entirety and the integrity of s. 93. By section 52 of the *Constitution Act, 1982*, s. 93 is a part of the Constitution of Canada. Section 93 is a fundamental constitutional provision because it is a part of the pattern of the sharing of sovereign power between the two plenary authorities created at Confederation. The importance of this provision is underlined by its separate existence outside the catalogue of powers in ss. 91 and 92.

Once section 93 is examined as a grant of power to the province, similar to the heads of power found in s. 92, it is apparent that the purpose of this grant of power is to provide the province with the jurisdiction to legislate in a *prima facie* selective and distinguishing manner with respect to education whether or not some segments of the community might consider the result to be discriminatory. In this sense, s. 93 is a provincial counterpart of s. 91(24) (Indians, and lands reserved for Indians) which authorizes the Parliament of Canada to legislate for the benefit of the Indian population in a preferential, discriminatory, or distinctive fashion *vis-à-vis* others.

The role of the *Charter* is not envisaged in our jurisprudence as providing for the automatic repeal of any provisions of the Constitution of Canada which includes all of the documents enumerated in s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Action taken under the *Constitution Act, 1867* is of course subject to *Charter* review. That is a far

a) liberté de conscience et de religion;

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.

Il va de soi (et plusieurs des avocats qui ont comparu devant nous l'ont reconnu) que si la *Charte* s'applique d'une manière ou d'une autre au projet de loi 30, celui-ci est discriminatoire et viole les al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte des droits*. Malgré cette conclusion, le conflit véritable en l'espèce est manifestement entre une application de la *Charte* en son entier et l'intégrité de l'art. 93. En vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'art. 93 fait partie de la Constitution du Canada. L'article 93 est une disposition constitutionnelle fondamentale, faisant partie intégrante du régime de partage du pouvoir souverain entre les deux autorités absolues créées à la Confédération. L'importance de cette disposition est encore soulignée par son existence séparée hors du catalogue de compétences que sont les art. 91 et 92.

Si l'on considère l'art. 93 comme une attribution de compétence à la province, analogue aux attributions que l'on trouve à l'art. 92, il devient évident que son objet est de conférer à la province la compétence pour légiférer d'une manière à première vue sélective et en opérant des distinctions dans le domaine de l'éducation, que certaines portions de la société considèrent ou non le résultat comme discriminatoire. En ce sens, l'art. 93 est l'équivalent provincial du par. 91(24) (les Indiens et les terres réservées aux Indiens) qui autorise le Parlement du Canada à légiférer au profit de la population indienne selon un mode préférentiel, discriminatoire ou distinctif, par rapport aux autres.

Le rôle de la *Charte* n'est pas conçu dans notre philosophie du droit comme opérant automatiquement l'abrogation de dispositions de la Constitution du Canada, laquelle inclut tous les documents énumérés à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une action fondée sur la *Loi constitutionnelle de 1867* est bien entendu assujettie au con-

different thing from saying that a specific power to legislate as existing prior to April 1982 has been entirely removed by the simple advent of the *Charter*. It is one thing to supervise and on a proper occasion curtail the exercise of a power to legislate; it is quite another thing to say that an entire power to legislate has been removed from the Constitution by the introduction of this judicial power of supervision. The power to establish or add to a system of Roman Catholic separate schools found in s. 93(3) expressly contemplates that the province may legislate with respect to a religiously-based school system funded from the public treasury. Although the *Charter* is intended to constrain the exercise of legislative power conferred under the *Constitution Act, 1867* where the delineated rights of individual members of the community are adversely affected, it cannot be interpreted as rendering unconstitutional distinctions that are expressly permitted by the *Constitution Act, 1867*.

I therefore would conclude that s. 93(3) does indeed introduce a recognition of a legislative power granted in the opening words of s. 93 and surviving the operations of s. 93(1). This legislative power in the province is not subject to regulation by other parts of the Constitution in any way which would be tantamount to its repeal. The *Charter* would not be available to disallow the implementation of s. 93(1), or legislation for the protection of the rights embedded by s. 93(1), or legislation contemplated in s. 93(3).

This conclusion, that Bill 30 finds its validity in the exercise of provincial power under s. 93 and that the exercise of this power cannot be abolished or truncated by the *Charter*, is sufficient to dispose of this appeal. However, as there was much discussion before the Court regarding the operation of s. 29 of the *Charter*, it may be useful to make some comments in response to those arguments. The interpretation of s. 29 was also critical to the finding by the majority in the Ontario Court of Appeal that Bill 30 was not subject to review by the *Charter*. Section 29 provides as follows:

trôle de la *Charte*. C'est là une chose fort différente que de dire qu'une compétence législative expresse, existant avant avril 1982, a été entièrement supprimée par la simple arrivée de la *Charte*.
 a C'est une chose de contrôler et, lorsque cela s'impose, de restreindre l'exercice d'un pouvoir de légiférer; c'en est une toute autre que de dire qu'une compétence législative entière a été supprimée de la Constitution par l'introduction de ce pouvoir
 b judiciaire de contrôle. Le pouvoir de créer un réseau d'écoles séparées catholiques ou de l'agrandir, qu'on trouve au par. 93(3), prévoit expressément que la province peut légiférer relativement à
 c un système scolaire reposant sur la religion financé à même le trésor public. Certes, on a voulu que la *Charte* limite l'exercice des compétences législatives conférées par la *Loi constitutionnelle de 1867*, lorsqu'il est porté atteinte aux droits y énoncés des
 d individus composant la société; mais elle ne saurait être interprétée comme rendant *ipso facto* inconstitutionnelles les distinctions expressément autorisées par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

e Je suis donc d'avis de conclure que le par. 93(3) constitue effectivement une reconnaissance de la compétence législative conférée par la disposition liminaire de l'art. 93, qui survit à l'application du par. 93(1). Le reste de la Constitution ne saurait
 f toucher à cette compétence législative de la province au point de l'abroger. On ne saurait avoir recours à la *Charte* pour désavouer la mise en œuvre du par. 93(1) ou de lois protégeant les
 g droits garantis par le par. 93(1) ou encore de lois prévues au par. 93(3).

h Cette conclusion, que le projet de loi 30 est valide parce qu'il est fondé sur l'exercice de la compétence provinciale conférée par l'art. 93, exerce que la *Charte* ne saurait abolir ni supprimer, suffit pour trancher le pourvoi. Néanmoins, comme on a longuement débattu devant nous de
 i l'application de l'art. 29 de la *Charte*, il y aurait peut-être avantage à faire certaines observations en réponse à ces arguments. L'interprétation de l'art. 29 a aussi été déterminante pour la majorité
 j de la Cour d'appel de l'Ontario quand elle a conclu que le projet de loi 30 échappe au contrôle de la *Charte*. L'article 29 est ainsi conçu:

29. Nothing in this Charter abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution of Canada in respect of denominational, separate or dissentient schools.

It was argued by the respondents that the “rights or privileges” which are protected from *Charter* review by s. 29 include the rights and privileges that have been granted by the passage of Bill 30 itself. Section 29 is thereby interpreted as applying to post-Confederation legislation because that legislation is considered by the terms of s. 29 to be a guarantee “by or under the Constitution” protecting rights or privileges of separate schools.

There are several approaches one could take when examining the ambiguous wording in s. 29. The majority below chose to focus on the words “or under” found in s. 29 and they concluded that these words were intended to cover guarantees in addition to those granted specifically by the Constitution itself. The words “under the Constitution” it was said should include rights or privileges granted by laws enacted under the authority of the Constitution. The majority held that this interpretation was supported by the French version of s. 29 which employs the single phrase “*en vertu de*” in the place of “by or under”. Further, the respondent in this appeal argued that an interpretation of s. 29 which restricted the protection it provided to only those rights specifically guaranteed by the Constitution would render s. 29 redundant as the *Charter* cannot possibly operate so as to overrule any rights specifically granted in other parts of the Constitution.

The minority of the Court of Appeal was not persuaded by this interpretation of s. 29 and chose instead to focus on the operation of the word “guaranteed” in s. 29. To be protected by s. 29, the rights referred to therein must be constitutionally guaranteed and a constitutional guarantee does not attach to rights or privileges conferred by an ordinary provincial statute. The minority also expressed concern that to interpret s. 29 as protecting all statutory enactments with respect to

29. Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

^a Les intimés ont prétendu que les «droits ou privilèges» qui échappent au contrôle de la *Charte* en vertu de l’art. 29, comprennent les droits et privilèges octroyés par l’adoption du projet de loi 30 lui-même. L’article 29 est donc interprété comme s’appliquant à la législation adoptée après la Confédération parce que cette législation doit être considérée, aux termes de l’art. 29, comme une garantie accordée «en vertu de la Constitution», protégeant les droits ou privilèges des écoles séparées.

On peut adopter des démarches différentes pour examiner le texte ambigu de l’art. 29. La majorité des juges d’instance inférieure ont choisi de s’intéresser aux termes «*or under*» dans la version anglaise de l’art. 29, pour conclure qu’on a voulu par là viser des garanties supplémentaires à celles octroyées expressément par la Constitution elle-même. Les termes «*under the Constitution*» de la version anglaise, a-t-on dit, devraient inclure les droits ou privilèges conférés par les lois adoptées en vertu de l’autorité de la Constitution. La majorité a jugé que cette interprétation était appuyée par la version française de l’art. 29, qui n’emploie que l’expression «en vertu de» en lieu et place de l’expression anglaise «*by or under*». En outre, l’intimé en l’espèce a soutenu qu’une interprétation de l’art. 29 qui restreindrait la garantie qu’elle contient aux seuls droits expressément conférés par la Constitution rendrait l’art. 29 inutile, puisque la *Charte* ne saurait jouer de façon à supprimer des droits expressément octroyés ailleurs dans la Constitution.

Cette interprétation de l’art. 29 n’a pas convaincu la minorité en Cour d’appel; celle-ci a choisi plutôt de s’intéresser au terme «garantis» figurant à l’art. 29. Pour recevoir la protection de l’art. 29, les droits qui y sont mentionnés doivent être constitutionnellement garantis; or une garantie constitutionnelle ne s’attache pas aux droits et privilèges conférés par une loi provinciale ordinaire. La minorité a aussi dit s’inquiéter d’une interprétation de l’art. 29 qui protégerait toutes les

separate schools from *Charter* review would additionally have the effect of transforming these additional privileges granted to separate schools into guarantees under the Constitution and thus forever immune from legislative repeal or amendment.

I have concluded, with respect to those who have concluded otherwise, that it is unnecessary to resolve the meaning of “by” or “under” because the dominant word in s. 29 is “guaranteed”. Statutes cannot by their very nature guarantee anything, susceptible as they are to legislative repeal. As the rights granted by Bill 30 are not “guaranteed” under the *Constitution Act, 1867* (*Tiny, supra*, at p. 387), s. 29 cannot operate so as to protect these rights. I would therefore adopt the reasoning of the minority at the Court of Appeal with respect to the interpretation to be given to s. 29 of the *Charter*. I repeat however that Bill 30 cannot be struck down by the *Charter* because Bill 30 is a valid exercise of a specific power to legislate granted under s. 93; Bill 30 does not require the protection of s. 29 in order to be upheld.

Conclusion

I would dismiss the appeal and answer the reference question in the negative.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by my colleagues, Wilson and Estey JJ. I agree with them that this appeal should be dismissed. However, I would dismiss the appeal only on the basis of the opening words of s. 93 and s. 93(3) of the *Constitution Act, 1867*, for the reasons given by Wilson J. I also agree with Wilson J. as to the effect of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on s. 93 of the *Constitution Act, 1867*.

Given my decision on this first point, it is unnecessary for me to deal with the interpretation of s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* and *Tiny*

lois relatives aux écoles séparées contre le contrôle en vertu la *Charte*, car cela aurait aussi pour effet de transformer ces privilèges additionnels conférés aux écoles séparées en garanties en vertu de la Constitution, qui échapperaient ainsi définitivement à toute abrogation ou modification législative.

J’ai conclu, avec égards pour ceux qui ont conclu autrement, qu’il n’est pas nécessaire d’éclaircir le sens des termes «by» ou «under» de la version anglaise, parce que le terme dominant de l’art. 29 est le mot «garantis». Les lois ne peuvent, de par leur nature même, rien garantir, susceptibles comme elles sont d’être abrogées par voie législative. Comme les droits octroyés par le projet de loi 30 ne sont pas «garantis» en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* (arrêt *Tiny*, précité, à la p. 387), l’art. 29 ne saurait jouer de façon à protéger ces droits. J’adopterais donc le raisonnement de la minorité de la Cour d’appel pour ce qui est de l’interprétation à donner à l’art. 29 de la *Charte*. Je répète néanmoins que le projet de loi 30 ne saurait être annulé par la *Charte*, puisqu’il constitue un exercice valide d’une compétence législative expresse, attribuée par l’art. 93; le projet de loi 30 n’a pas besoin de la protection de l’art. 29 pour être confirmé.

Conclusion

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de répondre par la négative à la question posée par le renvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—J’ai eu l’avantage de lire les motifs du juge Wilson et du juge Estey. Je suis d’accord avec eux pour rejeter ce pourvoi. Toutefois, je rejetterais le pourvoi en adoptant le raisonnement du juge Wilson sur la seule base de la disposition liminaire de l’art. 93 et du par. 93(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je partage aussi l’avis du juge Wilson quant à l’effet de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur l’art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Vu ma position sur ce premier point, il est inutile que je me prononce sur l’interprétation du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et

Separate School Trustees v. The King, [1928] A.C. 363.

I would therefore dismiss the appeal and answer the reference question in the negative.

Appeal dismissed.

Solicitors for The Metropolitan Toronto Board of Education: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitors for Ontario Alliance of Christian Schools: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for The Waterloo County Board of Education: Kelly & Morley, Kitchener.

Solicitors for Coalition for Public Education Ontario Inc.: Weir & Foulds, Toronto.

Solicitors for Ontario Secondary School Teachers' Federation: Golden, Green & Starkman, Toronto.

Solicitors for Ontario Association of Alternative and Independent Schools: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for The Board of Education for the City of London: Pensa & Associates, London.

Solicitors for Canadian Civil Liberties Association: McMillan, Binch, Toronto.

Solicitors for Canadian Jewish Congress: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for Loyal Orange Association in Ontario: Fraser & Beatty, Toronto.

Solicitors for Peel Board of Education: Pallett, Valo, Barsky & Yolles, Mississauga.

Solicitors for Federation of Women Teachers' Associations of Ontario: Fraser & Beatty, Toronto.

Reverend William D. F. Morris and Mary Elizabeth Morris, appearing on their own behalf.

Gregory Vezina, appearing on his own behalf.

Nina Gertrude Stannard, appearing on her own behalf.

sur l'affaire *Tiny Separate School Trustees v. The King*, [1928] A.C. 363.

^a Je rejetterais donc l'appel et je répondrais au renvoi par la négative.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de The Metropolitan Toronto Board of Education: McCarthy & McCarthy, Toronto.

^b *Procureurs de l'Ontario Alliance of Christian Schools: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

^c *Procureurs de The Waterloo County Board of Education: Kelly & Morley, Kitchener.*

Procureurs de la Coalition for Public Education Ontario Inc.: Weir & Foulds, Toronto.

^d *Procureurs de l'Ontario Secondary School Teachers' Federation: Golden, Green & Starkman, Toronto.*

^e *Procureurs de l'Ontario Association of Alternative and Independent Schools: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.*

Procureurs de The Board of Education for the City of London: Pensa & Associates, London.

^f *Procureurs de l'Association canadienne des libertés civiles: McMillan, Binch, Toronto.*

Procureurs du Congrès juif canadien: Davies, Ward & Beck, Toronto.

^g *Procureurs de la Loyal Orange Association in Ontario: Fraser & Beatty, Toronto.*

Procureurs du Peel Board of Education: Pallett, Valo, Barsky & Yolles, Mississauga.

^h *Procureurs de la Federation of Women Teachers' Associations of Ontario: Fraser & Beatty, Toronto.*

ⁱ *Révérénd William D. F. Morris et Mary Elizabeth Morris, comparaisant pour leur propre compte.*

Gregory Vezina, comparaisant pour son propre compte.

^j *Nina Gertrude Stannard, comparaisant pour son propre compte.*

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

Solicitors for Ontario Separate School Trustees' Association, et al.: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Solicitors for Metropolitan Separate School Board and Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board: Day, Wilson & Campbell, Toronto.

Solicitors for Hastings-Prince Edward County Roman Catholic Separate School Board: Stikeman, Elliott, Toronto.

Solicitors for Frontenac-Lennox and Addington Roman Catholic Separate School Board: Cassels, Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for Carleton Roman Catholic Separate School Board: Beament, Green, York, Ottawa.

Solicitors for Ontario English Catholic Teachers' Association: Cavalluzzo, Hayes & Lennon, Toronto.

Solicitors for l'Association française des conseils scolaires de l'Ontario: Cassels, Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for The Quebec Association of Protestant School Boards: Colin K. Irving, Ottawa, and Allan R. Hilton, Montréal.

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

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

*Procureur du procureur général de l'Ontario:
Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

Procureurs de l'Ontario Separate School Trustees' Association, et autres: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Procureurs du Metropolitan Separate School Board et Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board: Day, Wilson & Campbell, Toronto.

Procureurs du Hastings-Prince Edward County Roman Catholic Separate School Board: Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureurs du Frontenac-Lennox and Addington Roman Catholic Separate School Board: Cassels, Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs du Carleton Roman Catholic Separate School Board: Beament, Green, York, Ottawa.

Procureurs de l'Ontario English Catholic Teachers' Association: Cavalluzzo, Hayes & Lennon, Toronto.

Procureurs de l'Association française des conseils scolaires de l'Ontario: Cassels, Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs de The Quebec Association of Protestant School Boards: Colin K. Irving, Ottawa, et Allan R. Hilton, Montréal.

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

*Procureur du procureur général du Québec:
Procureur général du Ste-Foy.*

John Patrick Nolan Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. NOLAN

File No.: 17422.

1987: March 6; 1987: June 25.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Criminal law — Scope of authority of the military police — Breathalyzers — Failure to provide breath samples — Demand made by a military policeman to a civilian outside a military base following a traffic violation on the base — Whether military policeman a “peace officer” within the meaning of s. 2(f) of the Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2(f), 235 — National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 134 — Queen’s Regulations and Orders for the Canadian Forces, s. 22.01 — Defence Establishment Trespass Regulations, C.R.C. 1978, c. 1047, ss. 2, 3, 28(1).

The accused, a civilian, was seen driving out of a military base at an excessive speed and was followed by two military policemen and detained on a public highway. After observing the accused’s staggering, his glassy eyes, and the strong smell of alcohol on his breath, the military police brought the accused to a police station and asked him to provide a breath sample. The accused refused. He was then charged with refusing to comply with a breathalyzer demand contrary to s. 235(2) of the *Criminal Code*. At trial, the accused was acquitted. The judge found that the military police officer was not a peace officer as defined in s. 2(f) of the *Criminal Code* and that, therefore, he was not authorized to issue a breathalyzer demand to a civilian. The Crown’s appeal by way of a stated case was allowed. The Court of Appeal held that any person appointed under s. 134 of the *National Defence Act* is a “peace officer” for all purposes of the *Criminal Code*. This appeal is to determine whether a military police officer is a “peace officer” within the meaning of s. 2(f) of the *Criminal Code* when he is purporting to exercise authority over a civilian who is not subject to the Code of Service Discipline.

John Patrick Nolan Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. NOLAN

N° du greffe: 17422.

1987: 6 mars; 1987: 25 juin.

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

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

Droit criminel — Étendue de l’autorité de la police militaire — Alcootests — Refus de fournir des échantillons d’haleine — Sommaton faite par un policier militaire à un civil, à l’extérieur d’une base militaire, à la suite d’une violation des règles de la circulation commise sur la base — Un policier militaire est-il un «agent de la paix» au sens de l’art. 2f) du Code criminel? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2f), 235 — Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 134 — Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes, art. 22.01 — Règlement sur la violation de la propriété de la défense, C.R.C. 1978, chap. 1047, art. 2, 3 28(1).

Deux policiers militaires qui avaient vu l’accusé, un civil, sortir d’une base militaire à une vitesse excessive, l’ont pris en chasse et l’ont arrêté sur une voie publique. Ayant remarqué que l’accusé titubait, qu’il avait le regard vitreux et que son haleine sentait fortement l’alcool, les policiers militaires l’ont emmené à un poste de police et lui ont demandé de fournir un échantillon d’haleine. L’accusé a refusé. Il a donc été inculpé de refus d’obtempérer à l’ordre de se soumettre à l’alcootest, comme le prévoit le par. 235(2) du *Code criminel*. Au procès, l’accusé a été acquitté. Le juge a conclu que l’agent de la police militaire n’était pas un agent de la paix selon la définition de l’al. 2f) du *Code criminel* et que, par conséquent, il n’était pas autorisé à ordonner à un civil de se soumettre à un alcootest. L’appel du ministère public, interjeté par voie d’exposé de cause, a été accueilli. La Cour d’appel a jugé que toute personne nommée en vertu de l’art. 134 de la *Loi sur la défense nationale* est un «agent de la paix» à toutes les fins visées par le *Code criminel*. Le pourvoi vise à déterminer si un agent de police militaire est un «agent de la paix» au sens de l’al. 2f) du *Code criminel* lorsqu’il prétend exercer son autorité à l’égard d’un civil qui n’est pas assujéti au Code de discipline militaire.

Held: The appeal should be dismissed.

The military policeman had no authority under s. 2(f)(i) of the *Code* to demand that the accused provide a breathalyzer sample. That section, which prescribes that "peace officer" includes "officers and men of the Canadian Forces who are appointed for the purposes of section 134 of the *National Defence Act*", does not extend the authority of military police to act as "peace officers" throughout a province and in relation to all residents of a province, duplicating the role and function of the civil police. Section 2 of the *Code* serves only to grant additional powers to enforce the criminal law to persons who must otherwise operate within the limits of their statutory or common law sources of authority. In the case of military policemen, the purposes of s. 134 are clear: the section provides that they may exercise authority over persons subject to the Code of Service Discipline. That is the full extent of the grant of power. Section 2(f)(i) must be construed, therefore, as extending to persons appointed for the purposes of s. 134 of the *National Defence Act* the additional authority to enforce the *Criminal Code*, but only in relation to persons subject to the Code of Service Discipline.

The authority to demand that the accused provide a breathalyzer sample can be derived in this case, however, from the definition of "peace officer" in s. 2(f)(ii) of the *Code*. Section 2(f)(ii) establishes that "officers and men" of the Canadian Forces are peace officers when "employed on duties that the Governor in Council, in regulations made under the *National Defence Act* for the purposes of this paragraph, has prescribed to be of such a kind as to necessitate that the officers and men performing them have the powers of peace officers". Under s. 22.01(2) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, made under the *National Defence Act* for the purposes of s. 2(f)(ii) of the *Code*, military policemen have the powers of peace officers when they perform any lawful duties "as a result of a specific order or established military custom or practice" when those duties are related to certain matters including the maintenance and protection of law and order and the protection of property or persons. Here, the officer had authority under the *Government Property Traffic Regulations* to enforce the applicable speed limits against a civilian driving on the base and, having stopped him for the purposes of enforcing the speed limit, the officer derived further authority from s. 28(1) of the *Defence Establishment Trespass Regulations*. This section, which applies to persons not subject to the Code of Service Discipline, prescribes that a

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le sous-alinéa 2f)(i) du *Code* n'autorisait pas le policier militaire à ordonner à l'accusé de fournir un échantillon d'haleine en vue d'un alcootest. La disposition portant que l'expression «agent de la paix» comprend «les officiers et hommes des Forces canadiennes qui sont nommés aux fins de l'article 134 de la *Loi sur la défense nationale*» n'élargit pas le pouvoir de la police militaire pour qu'elle agisse en tant qu'«agents de la paix» partout dans une province et à l'égard de tous ses habitants, ce qui ferait double emploi avec le rôle et la fonction de la police civile. L'article 2 du *Code* a pour seul effet de conférer des pouvoirs supplémentaires pour appliquer le droit criminel à des personnes qui doivent par ailleurs agir dans les limites fixées à leur pouvoir par la loi ou la *common law*. Dans le cas des policiers militaires, les fins de l'art. 134 sont claires: il dispose qu'ils peuvent exercer leurs pouvoirs sur les personnes soumises au Code de discipline militaire. Voilà toute l'étendue du pouvoir accordé. Le sous-alinéa 2f)(i) doit donc être interprété comme étendant aux personnes nommées aux fins de l'art. 134 de la *Loi sur la défense nationale* le pouvoir supplémentaire d'appliquer le *Code criminel*, mais seulement à l'égard des personnes soumises au Code de discipline militaire.

Dans la présente affaire, toutefois, le pouvoir d'ordonner à l'accusé de fournir un échantillon d'haleine peut découler de la définition d'un «agent de la paix» au sous-al. 2f)(ii) du *Code*. Aux termes du sous-al. 2f)(ii), les «officiers et hommes» des Forces canadiennes sont des agents de la paix lorsqu'ils sont «employés à des fonctions que le gouverneur en conseil, dans des règlements établis en vertu de la *Loi sur la défense nationale* aux fins du présent alinéa, a prescrites comme étant d'une telle sorte que les officiers et les hommes qui les exercent doivent nécessairement avoir les pouvoirs des agents de la paix». Suivant le par. 22.01(2) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, pris en vertu de la *Loi sur la défense nationale* aux fins du sous-al. 2f)(ii) du *Code*, les policiers militaires détiennent les pouvoirs d'agents de la paix lorsqu'ils accomplissent «en vertu d'un ordre précis ou d'une coutume ou pratique militaire établie» des tâches légales reliées à certains domaines, dont le maintien et le rétablissement de l'ordre public et la protection de biens ou de personnes. En l'espèce, le *Règlement relatif à la circulation sur les terrains du gouvernement* autorisait l'agent à appliquer à l'égard d'un civil conduisant sur la base les limites de vitesse fixées et, ayant arrêté l'accusé en vue de faire respecter la limite de vitesse, l'agent tirait une autorité supplémentaire du par. 28(1) du *Règlement sur la violation de la propriété de*

military policeman is "authorized to arrest without warrant any person found committing any criminal offence . . . on or with respect to any defence establishment or whom on reasonable and probable ground he believes to have committed such offence . . ." A military police officer who has clear statutory authority to enforce the law and who is sent out on a patrol on a base is abiding by "established military practice" in fulfilling his role by attempting to enforce the law and he meets the conditions imposed by s. 22.01(2). Therefore, when s. 22.01(2) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* is read with s. 28(1) of the *Defence Establishment Trespass Regulations*, the arresting officer was a peace officer within the meaning of s. 2(f)(ii) of the *Code* and he was entitled to invoke the statutory authorization of s. 235(1) of the *Code*. The fact that the accused was arrested outside the military base did not deprive the military policeman of his authority. Given the instantaneous police warning to the accused to stop his vehicle and the detention immediately outside the gates of the base, there was such a clear nexus between the offence committed on the base and the detention off the base that the military police retained their status and authority as peace officers.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Smith* (1982), 67 C.C.C. (2d) 418 (B.C.S.C.), aff'd (1983), 2 C.C.C. (3d) 250 (B.C.C.A.); *R. v. Harvey* (1979), 18 A.R. 382; *R. v. Pile* (1982), 66 C.C.C. (2d) 268; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *R. v. Dean* (1965), 47 C.R. 311; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 92(14).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2 "peace officer" [am. 1972, c. 13, s. 2(2); am. 1976-77, c. 35, s. 21], 235 [rep. & subs. 1974-75-76, c. 93, s. 16].
Criminal Law Amendment Act, 1972, S.C. 1972, c. 13, s. 2(2).
Defence Establishment Trespass Regulations, C.R.C. 1978, c. 1047, ss. 2, 3, 28, 29.
Government Property Traffic Regulations, C.R.C. 1978, c. 887.

la défense. Ce paragraphe, qui vise les personnes qui ne sont pas soumises au Code de discipline militaire, porte qu'un agent de police militaire est « autorisé à arrêter, sans mandat, toute personne qu'il surprend à commettre un délit [. . .] à un établissement de défense ou à l'égard d'un tel établissement, ou qu'il est raisonnablement et probablement fondé à croire coupable d'un tel délit . . . » Un agent de police militaire qui est clairement investi du pouvoir légal d'appliquer la loi et qui patrouille une base militaire ne fait que suivre la « pratique militaire établie » lorsqu'il remplit son rôle qui est d'appliquer la loi et il satisfait donc à la condition qu'impose le par. 22.01(2). Par conséquent, lorsqu'on interprète le par. 22.01(2) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* avec le par. 28(1) du *Règlement sur la violation de la propriété de la défense*, on voit que l'agent qui a procédé à l'arrestation est un agent de la paix au sens du sous-al. 2f)(ii) du *Code* et peut à ce titre invoquer le pouvoir que confère le par. 235(1) du *Code*. Le fait que l'accusé a été arrêté à l'extérieur de la base militaire ne privait pas l'agent de la police militaire de son pouvoir. Étant donné que les policiers ont intimé instantanément à l'accusé l'ordre d'arrêter son véhicule et qu'ils ont procédé à son arrestation immédiatement à l'extérieur des portes de la base, il existait entre l'infraction commise sur la base et l'arrestation en dehors de celle-ci un lien à ce point clair que les agents de la police militaire conservaient leur qualité et leurs pouvoirs d'agents de la paix.

f Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. v. Smith* (1982), 67 C.C.C. (2d) 418 (C.S.C.-B.), conf. (1983), 2 C.C.C. (3d) 250 (C.A.C.-B.); *R. v. Harvey* (1979), 18 A.R. 382; *R. v. Pile* (1982), 66 C.C.C. (2d) 268; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *R. v. Dean* (1965), 47 C.R. 311; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2 « agent de la paix » [mod. 1972, chap. 13, art. 2(2); mod. 1976-77, chap. 35, art. 21], 235 [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 16].
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14).
Loi de 1972 modifiant le Code criminel, S.C. 1972, chap. 13, art. 2(2).
Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 12(1), 55(1), 134 [mod. 1972, chap. 13, art. 73.1].

National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, ss. 12(1), 55(1), 134 [am. 1972, c. 13, s. 73.1].

Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision), s. 22.01 [am. O.C., P.C. 1976-1799], 22.02.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1982), 66 C.C.C. (2d) 417, 135 D.L.R. (3d) 530, 51 N.S.R. (2d) 188, 102 A.P.R. 188, 14 M.V.R. 297, allowing the Crown's appeal by way of stated case from the acquittal of the accused on a charge of refusing to comply with a demand for a breath sample contrary to s. 235(2) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

David J. Bright and David G. Coles, for the appellant.

Kenneth W. F. Fiske and John D. Embree, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The sole issue raised in this appeal is whether a military police officer is a “peace officer” within the meaning of s. 2 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, when he or she is purporting to exercise authority over a civilian who is not subject to the Code of Service Discipline. Although the point is a narrow one, it is important to define the scope of authority of the military police with clarity so as to avoid a confusing overlapping of jurisdiction with the civil police.

I

The Facts

John Patrick Nolan was driving a brown Chevrolet van on the grounds of Canadian Forces Base Shearwater. The van was observed by Private Steven Ettinger, a military police officer appointed under s. 134 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4, as amended. Private Ettinger was on patrol in a marked military police truck and was accompanied by Corporal Chevrier. When observed by Private Ettinger, the brown van was

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (révision 1968), art. 22.01 [mod. Décret, C.P. 1976-1799], 22.02.

Règlement relatif à la circulation sur les terrains du gouvernement, C.R.C. 1978, chap. 887.

^a *Règlement sur la violation de la propriété de la défense*, C.R.C. 1978, chap. 1047, art. 2, 3, 28, 29.

POURVOI contre un arrêt de la division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1982), 66 C.C.C. (2d) 417, 135 D.L.R. (3d) 530, 51 N.S.R. (2d) 188, 102 A.P.R. 188, 14 M.V.R. 297, qui avait accueilli l'appel que le ministère public a interjeté par voie d'exposé de cause contre l'acquittement de l'accusé relativement à une inculpation de refus d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine aux termes du par. 235(2) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

^d *David J. Bright et David G. Coles*, pour l'appellant.

Kenneth W. F. Fiske et John D. Embree, pour l'intimée.

^e Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La seule question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si un agent de la police militaire est un «agent de la paix» au sens de l'art. 2 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, et modifications, lorsqu'il prétend exercer ses pouvoirs sur un civil auquel le Code de discipline militaire ne s'applique pas. Malgré la portée restreinte du point en litige, il est important de définir avec clarté l'étendue du pouvoir de la police militaire afin d'éviter la confusion qu'entraînerait le chevauchement du pouvoir de la police militaire et de celle de la police civile.

h

Les faits

John Patrick Nolan conduisait une fourgonnette brune de marque Chevrolet sur la Base des Forces canadiennes de Shearwater. La fourgonnette a attiré l'attention du soldat Steven Ettinger, un agent de la police militaire nommé en vertu de l'art. 134 de la *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, chap. N-4, et modifications. Le soldat Ettinger, accompagné du caporal Chevrier, était de patrouille dans une camionnette qui por-

travelling out the main gates of C.F.B. Shearwater at approximately 50 kilometres per hour in a 15 kilometres per hour speed zone. The two military police officers pursued the van through the gate, activated the siren and emergency lights on the police vehicle, and stopped the van on the public highway.

Mr. Nolan was the driver and only occupant of the van. He was asked by the military police officers to step out of the van. Private Ettinger testified that Mr. Nolan staggered slightly, that his eyes were glassy, that his breath smelled strongly of alcohol, and that Mr. Nolan appeared to be unsteady when he stooped to pick up his driver's license which had fallen to the ground. Corporal Chevrier testified to similar effect. Prompted by these observations, the military police officers placed Mr. Nolan in the back seat of the military police truck, drove him to the Military Police Section of C.F.B. Shearwater and Private Ettinger there issued a breathalyzer demand. The trial judge found as a fact that Private Ettinger had reasonable and probable grounds to issue the breathalyzer demand. Mr. Nolan was then driven to the Dartmouth Police Station where a breathalyzer technician was available to administer the test, but the appellant refused to take the breathalyzer test. No breathalyzer demand was ever issued to Mr. Nolan by a civilian police officer.

It is common ground that Mr. Nolan was a civilian at the time of his detention by the military police officers and that he was not subject to the Code of Service Discipline.

An Information was sworn charging that Mr. Nolan:

At or near C.F.B. Shearwater, in the County of Halifax, Nova Scotia, on or about the 5th day of June, 1981, did unlawfully, without reasonable excuse, refuse to comply with a demand made to him by a peace officer, to provide samples of his breath suitable to enable a proper analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his blood, contrary to Section 235(2) of the Criminal Code.

tait les signes distinctifs de la police militaire. Lorsque le soldat Ettinger l'a aperçue, la fourgonnette brune sortait par les portes principales de la B.F.C. de Shearwater, roulant à environ 50 kilomètres à l'heure dans une zone où la vitesse limite était de 15 kilomètres à l'heure. Les deux agents de la police militaire ont poursuivi la fourgonnette jusqu'à l'extérieur de la base, ont actionné la sirène et les feux clignotants de la voiture de police et ont arrêté la fourgonnette sur la voie publique.

Monsieur Nolan était le conducteur et l'unique occupant de la fourgonnette. Les agents de la police militaire lui ont demandé d'en descendre. Le soldat Ettinger a témoigné que M. Nolan titubait légèrement, qu'il avait le regard vitreux, que son haleine sentait fortement l'alcool et qu'il paraissait chancelant lorsqu'il s'est penché pour ramasser son permis de conduire qui était tombé à terre. Ce témoignage est recoupé par celui du caporal Chevrier. Ayant fait ces observations, les agents de la police militaire ont mis M. Nolan sur la banquette arrière de leur camionnette et l'ont conduit jusqu'au poste de police militaire de la B.F.C. de Shearwater où le soldat Ettinger a ordonné un alcootest. Le juge du procès a conclu, en tant que fait, que cet ordre était fondé sur des motifs raisonnables et probables. On a ensuite conduit M. Nolan au poste de police de Dartmouth où il y avait un technicien compétent pour administrer l'alcootest, mais l'appelant a refusé de s'y soumettre. Aucun policier civil n'a jamais ordonné de faire subir un alcootest à M. Nolan.

Les parties reconnaissent qu'au moment de sa détention par les agents de la police militaire M. Nolan était un civil et qu'en conséquence il ne relevait pas du Code de discipline militaire.

On a fait une dénonciation portant que M. Nolan:

[TRADUCTION] À ou dans les environs de la B.F.C. de Shearwater, dans le comté de Halifax (Nouvelle-Écosse), vers le 5 juin 1981, a illégalement sans excuse raisonnable, refusé d'obtempérer à l'ordre qui lui a été donné par un agent de la paix, de fournir des échantillons de son haleine, propres à permettre de faire l'analyse qui s'impose en vue d'établir la proportion d'alcool, s'il en est, dans son sang, commettant ainsi une infraction au par. 235(2) du Code criminel;

AND FURTHER

At the same time and place aforesaid, did unlawfully have the control of a motor vehicle while his ability to drive a motor vehicle was impaired by alcohol or a drug, contrary to Section 234 of the Criminal Code.

It is clear that the first charge could only be supported if the Crown could show that Private Ettinger was a "peace officer" when he made the breathalyzer demand.

II

The Relevant Statutes and Regulations

The question whether an individual is a "peace officer" for the purposes of enforcing the *Criminal Code* must be answered by reference to the definition of "peace officer" contained in s. 2 of the *Code*:

2. In this Act

"peace officer" includes

(a) a mayor, warden, reeve, sheriff, deputy sheriff, sheriff's officer and justice of the peace,

(b) a warden, deputy warden, instructor, keeper, gaoler, guard and any other officer or permanent employee of a prison;

(c) a police officer, police constable, bailiff, constable, or other person employed for the preservation and maintenance of the public peace or for the service or execution of civil process,

(d) an officer or person having the powers of a customs or excise officer when performing any duty in the administration of the *Customs Act* or the *Excise Act*,

(d.1) a person appointed or designated as a fishery officer under the *Fisheries Act* when performing any of his duties or functions pursuant to that Act,

(e) the pilot in command of an aircraft

(i) registered in Canada under regulations made under the *Aeronautics Act*, or

(ii) leased without crew and operated by a person who is qualified under regulations made under the *Aeronautics Act* to be registered as owner of an aircraft registered in Canada under those regulations,

while the aircraft is in flight, and

ET EN OUTRE

Au même moment et au même endroit, il a conduit un véhicule automobile alors que ses facultés étaient affaiblies par l'alcool ou une drogue, commettant ainsi une infraction à l'art. 234 du Code criminel.

Il est évident que la première accusation ne pouvait être justifiée que si le ministère public était en mesure d'établir que le soldat Ettinger était un «agent de la paix» quand il a donné l'ordre de se soumettre à l'alcootest.

II

Les lois et les règlements pertinents

Pour répondre à la question de savoir si une personne est un «agent de la paix» aux fins de l'application du *Code criminel*, il faut se reporter à la définition de l'expression «agent de la paix» à l'art. 2 du *Code*:

2. Dans la présente loi

«agent de la paix» comprend

a) un maire, préfet, reeve, shérif, shérif adjoint, officier du shérif et juge de paix,

b) un directeur, sous-directeur, instructeur, gardien, geôlier, garde et tout autre fonctionnaire ou employé permanent d'une prison,

c) un officier de police, un agent de police, huissier, constable, ou autre personne employée à la préservation et au maintien de la paix publique ou à la signification ou à l'exécution des actes judiciaires au civil,

d) un fonctionnaire ou une personne possédant les pouvoirs d'un préposé des douanes ou de l'accise lorsqu'il exerce une fonction dans l'application de la *Loi sur les douanes* ou de la *Loi sur l'accise*,

d.1) les fonctionnaires des pêcheries nommés ou désignés en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, dans l'exercice des fonctions que leur confère ladite loi,

e) le pilote commandant un aéronef

(i) immatriculé au Canada en vertu des règlements établis sous le régime de la *Loi sur l'aéronautique*, ou

(ii) loué sans équipage et mis en service par une personne remplissant, aux termes des règlements établis sous le régime de la *Loi sur l'aéronautique*, les conditions requises pour être inscrite comme propriétaire d'un aéronef immatriculé au Canada en vertu de ces règlements

pendant que l'aéronef est en vol, et

(f) officers and men of the Canadian Forces who are

(i) appointed for the purposes of section 134 of the *National Defence Act*, or

(ii) employed on duties that the Governor in Council, in regulations made under the *National Defence Act* for the purposes of this paragraph, has prescribed to be of such a kind as to necessitate that the officers and men performing them have the powers of peace officers;

Of particular relevance to the present case is s. 2(f) of that definition which defines specifically when members of the Canadian Forces may be classed as "peace officers". Section 2(f)(i) refers the reader to s. 134 of the *National Defence Act*, which at the relevant time read:

134. Such officers and men as are appointed under regulations for the purposes of this section may

(a) detain or arrest without a warrant any person who is subject to the Code of Service Discipline, regardless of the rank or status of that person, who has committed, is found committing, is suspected of being about to commit, or is suspected of or charged under this Act with having committed a service offence;

(b) (Repealed, Chapter 13, s. 73.1, Statutes of Canada, 1972); and

(c) exercise such other powers for carrying out the Code of Service Discipline as are prescribed in regulations made by the Governor in Council.

Section 2(f)(ii) of the *Criminal Code* definition of "peace officer" refers to "regulations made under the *National Defence Act* for the purposes of this paragraph". The applicable regulations are found in the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, passed pursuant to s. 12(1) of the *National Defence Act* and amended by Order in Council, P.C. 1976-1799, July 13, 1976 (hereinafter *Queen's Regulations*):

22.01—OFFICERS AND MEN—PEACE OFFICERS

(1) Section 2 of the *Criminal Code* provides in part that "peace officer" includes:

"(f) officers and men of the Canadian Forces who are

f) les officiers et hommes des Forces canadiennes qui sont

(i) nommés aux fins de l'article 134 de la *Loi sur la défense nationale*, ou

(ii) employés à des fonctions que le gouverneur en conseil, dans des règlements établis en vertu de la *Loi sur la défense nationale* aux fins du présent alinéa, a prescrites comme étant d'une telle sorte que les officiers et les hommes qui les exercent doivent nécessairement avoir les pouvoirs des agents de la paix;

L'alinéa 2f) de cette définition précise dans quelles circonstances des membres des Forces canadiennes peuvent être assimilés à des «agents de la paix» et à ce titre revêt une pertinence particulière en l'espèce. Le sous-alinéa 2f)(i) renvoie à l'art. 134 de la *Loi sur la défense nationale*, dont voici le texte:

134. Les officiers et hommes nommés, en vertu des règlements, pour l'exécution du présent article peuvent

a) détenir ou arrêter sans mandat toute personne soumise au Code de discipline militaire, indépendamment de son grade ou statut, qui a commis, est prise à commettre, est soupçonnée d'être sur le point de commettre, ou est soupçonnée ou accusée, en vertu de la présente loi, d'avoir commis une infraction militaire;

b) (Abrogé, Chapitre 13, art. 73.1, Statuts du Canada, 1972); et

c) exercer, en vue de l'application du Code de discipline militaire, les autres pouvoirs que prescrivent les règlements établis par le gouverneur en conseil.

La définition de l'expression «agent de la paix» que donne le sous-al. 2f)(ii) parle de «règlements établis en vertu de la *Loi sur la défense nationale* aux fins du présent alinéa». Le règlement applicable en l'espèce se trouve dans les *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, pris en vertu du par. 12(1) de la *Loi sur la défense nationale*, modifié par le décret C.P. 1976-1799, le 13 juillet 1976 (ci-après *Ordonnances et règlements royaux*):

22.01—OFFICERS ET HOMMES—AGENTS DE LA PAIX

(1) L'article 2 du *Code criminel* en partie stipule qu'un «agent de la paix» comprend:

«f) les officiers et hommes des Forces canadiennes qui sont

- (i) appointed for the purposes of section 134 of the *National Defence Act*, or
- (ii) employed on duties that the Governor in Council, in regulations made under the *National Defence Act* for the purposes of this paragraph, has prescribed to be of such a kind as to necessitate that the officers and men performing them have the powers of peace officers;”

(2) For the purposes of subparagraph (f)(ii) of the definition of “peace officer” in section 2 of the *Criminal Code*, it is hereby prescribed that any lawful duties performed as a result of a specific order or established military custom or practice, that are related to any of the following matters are of such a kind as to necessitate that the officers and men performing them have the powers of peace officers:

- (a) the maintenance or restoration of law and order;
- (b) the protection of property;
- (c) the protection of persons;
- (d) the arrest or custody of persons;
- (e) the apprehension of persons who have escaped from lawful custody or confinement;
- (f) the enforcement of warrants issued by the Minister pursuant to section 218 of the *National Defence Act*;
- (g) the enforcement of the *Customs Act* and regulations made thereunder, or
- (h) the enforcement of the *Boating Restriction Regulations* and the *Small Vessel Regulations*.

The facts of the present appeal are such that certain sections of the *Defence Establishment Trespass Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1047 (hereinafter *Trespass Regulations*) are also relevant:

2. In these Regulations,

“security guard” means any peace officer, security policeman, provost, military policeman or member of the Corps of Commissionaires, and includes any officer or man of the Canadian Forces or employee of the Department of National Defence or of the Defence Research Board who has been assigned duties relating to the enforcement of these Regulations. (*agent de sûreté*)

- (i) nommés pour l'exécution de l'article 134 de la *Loi sur la défense nationale*, ou
- (ii) employés à des fonctions que le Gouverneur en Conseil, dans les règlements établis en vertu de la *Loi sur la défense nationale* aux fins du présent paragraphe, a prescrites comme étant d'une telle nature qu'il devient nécessaire pour les officiers et les hommes remplissant cesdites fonctions d'être investis des pouvoirs des agents de la paix;».

(2) Aux fins de l'alinéa f)(ii) de la définition d'«agents de la paix» à l'article 2 du *Code criminel*, il est établi par les présentes que toutes les tâches légales, accomplies en vertu d'un ordre précis ou d'une coutume ou pratique militaire établie, qui sont reliées à l'un ou l'autre des domaines énumérés ci-après, sont d'une nature telle qu'il est nécessaire que les officiers et les hommes qui en sont chargés, soient investis des pouvoirs d'un agent de la paix:

- (a) le maintien et le rétablissement de l'ordre public;
- (b) la protection des biens;
- (c) la protection des personnes;
- (d) l'arrestation ou la détention des personnes;
- (e) l'arrestation de personnes qui se sont évadées de la garde ou de l'incarcération légitime;
- (f) l'exécution de mandats émis par le Ministre en vertu de l'article 218 de la *Loi sur la défense nationale*;
- (g) la mise en application de la *Loi sur les douanes* et des règlements qui en découlent; ou
- (h) la mise en application du *Règlement sur les restrictions à la conduite des bateaux* ainsi que du *Règlement sur les petits bâtiments*.

Les faits du présent pourvoi sont de telle nature que certaines dispositions du *Règlement sur la violation de la propriété de la défense*, C.R.C. 1978, chap. 1047 (ci-après le *Règlement sur la violation de propriété*), sont pertinentes:

2. Dans le présent règlement,

«agent de sûreté» s'entend de tout agent de sûreté, agent de police de sûreté de la prévôté, de la police militaire ou du Corps des commissaires, y compris tout officier, et autre militaire des Forces canadiennes, ou tout employé du ministère de la Défense nationale ou du Conseil de recherches pour la défense à qui ont été confiées des fonctions relatives à l'application du présent règlement; (*security guard*)

3. These Regulations do not apply to any person who is subject to the Code of Service Discipline, but apply to all other persons except as provided in section 29 of these Regulations.

28.(1) Every security guard is authorized to arrest without warrant any person found committing any criminal offence or infraction of these Regulations on or with respect to any defence establishment or whom on reasonable and probable ground he believes to have committed such offence or such infraction.

(2) Where the use of force is necessary to effect an arrest, a security guard shall use no more force than is necessary in the circumstances.

29. Notwithstanding anything contained in these Regulations, the officer in command or person in charge of a defence establishment may in respect of such establishment, in his sole discretion, and from time to time, exempt any person from the application of these Regulations, but such exemption shall be in writing and shall be for such period, not exceeding three months, as may be specified therein.

III

Procedural History

1. *Provincial Magistrate's Court*

Mr. Nolan was tried on the Information before Judge Elmer J. MacDonald of the Provincial Magistrate's Court in Dartmouth. The appellant pleaded not guilty on both counts. After the close of the case for the Crown, Defence Counsel made a motion for non-suit in relation to Count One. The case was adjourned and written submissions from the Crown and the Defence Counsel were received. When the Court reconvened, the trial judge dismissed the motion for non-suit. Counsel for the accused presented no evidence relating to either charge on the Information.

Judge MacDonald found Mr. Nolan not guilty on both counts. He held that Private Ettinger was not a peace officer as defined in the *Criminal Code* and that, therefore, he was not authorized to issue a breathalyzer demand to a civilian under s. 235 of the *Code*. The Judge further held that there

3. Le présent règlement ne s'applique à nulle personne assujettie au Code de discipline du service, mais il vise toutes autres personnes sauf les cas prévus par l'article 29 du présent règlement.

28.(1) Tout agent de sûreté est autorisé à arrêter, sans mandat, toute personne qu'il surprend à commettre un délit ou une infraction au présent règlement, à un établissement de défense ou à l'égard d'un tel établissement, ou qu'il est raisonnablement et probablement fondé à croire coupable d'un tel délit ou d'une telle infraction.

(2) Lorsque le recours à la force s'impose pour opérer une arrestation, un agent de sûreté n'en doit user que dans la mesure où les circonstances l'y obligent.

29. Nonobstant toute disposition du présent règlement, le commandant ou le préposé à la direction d'un établissement de défense peut, en tant qu'il s'agit dudit établissement, à sa seule discrétion et au besoin, dispenser toute personne de l'observation du présent règlement, mais une telle dispense devra être accordée par écrit et pour une période n'excédant pas trois mois, selon qu'il pourra y être stipulé.

III

La procédure

1. *Cour de magistrat provinciale*

Monsieur Nolan a subi son procès par suite de la dénonciation devant le juge Elmer J. MacDonald de la Cour de magistrat provinciale à Dartmouth. L'appellant a plaidé non coupable relativement à l'un et l'autre chefs d'accusation. Après que le ministère public eut achevé de présenter sa preuve, l'avocat de la défense a demandé un non-lieu relativement au premier chef. L'audience a été ajournée et le ministère public et l'avocat de la défense ont déposé des plaidoiries écrites. À la reprise de l'audience, le juge du procès a rejeté la requête en non-lieu. L'avocat de l'accusé n'a produit aucun élément de preuve se rapportant à l'une ou l'autre accusation contenue dans la dénonciation.

Le juge MacDonald a déclaré M. Nolan non coupable relativement aux deux chefs. Il a conclu que le soldat Ettinger n'était pas un agent de la paix au sens de la définition du *Code criminel* et que, par conséquent, l'art. 235 du *Code* ne l'autorisait pas à ordonner à un civil de se soumettre à un

was not sufficient evidence to prove that the appellant had been driving while impaired.

The Crown applied to Judge MacDonald to state a case. He did so, setting out his findings of fact and agreeing to the question as set by the Crown:

Did I err in law in holding that a military police officer appointed pursuant to Section 134 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4, as amended, is not a peace officer within the meaning of Section 2 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1970, c. C-34, as amended, when exercising powers in relation to persons not subject to the Code of Service Discipline?

The Stated Case clearly referred only to Count One of the Information. The not guilty verdict on the Second Count was not appealed.

2. *The Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division*

A three-judge panel of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia held unanimously that Judge MacDonald had indeed erred in his interpretation of the definition of "peace officer" in s. 2 of the *Criminal Code*: (1982), 66 C.C.C. (2d) 417. In a concise opinion, Hart J.A. relied solely upon s. 2(f)(i) of the *Code*, and held that any person appointed under s. 134 of the *National Defence Act* is a "peace officer" for all purposes of the *Criminal Code*. He rejected the argument that the words in s. 2(f)(i) "appointed for the purposes of section 134 of the *National Defence Act*" should be read as words of limitation. Military police officers appointed under that section were not limited to acting as "peace officers" when carrying out specific duties under the *National Defence Act* or subordinate authority.

It followed that, in Justice Hart's view, the Magistrate had erred in holding that the military police officer, Private Ettinger, was not a "peace

alcootest. Le juge a conclu en outre à l'insuffisance de la preuve pour établir que l'appelant avait conduit alors que ses facultés étaient affaiblies.

Le ministère public a demandé au juge MacDonald de présenter un exposé de cause. Il a accédé à cette demande, a exposé ses conclusions de fait et a approuvé la question formulée par le ministère public:

[TRADUCTION] Ai-je commis une erreur de droit en concluant qu'un agent de police militaire nommé en vertu de l'art. 134 de la *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, chap. N-4, et modifications, n'est pas un agent de la paix au sens de l'art. 2 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, et modifications, lorsqu'il exerce des pouvoirs à l'égard de personnes qui ne relèvent pas du Code de discipline militaire?

De toute évidence, l'exposé de cause ne se réfère qu'au premier chef d'accusation de la dénonciation. Le verdict de non-culpabilité rendu relativement au second chef n'a pas été porté en appel.

2. *Division d'appel de Cour suprême de la Nouvelle-Écosse*

Une formation de trois juges de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a conclu à l'unanimité que le juge MacDonald avait commis une erreur dans son interprétation de la définition du terme «agent de la paix» à l'art. 2 du *Code criminel*: (1982), 66 C.C.C. (2d) 417. Dans ses motifs concis, le juge Hart s'est fondé exclusivement sur le sous-al. 2f(i) du *Code* et a conclu que toute personne nommée en vertu de l'art. 134 de la *Loi sur la défense nationale* est un «agent de la paix» aux fins de l'application du *Code criminel*. Il a rejeté l'argument selon lequel les mots «nommés aux fins de l'article 134 de la *Loi sur la défense nationale*» figurant au sous-al. 2f(i) devraient s'interpréter comme établissant une restriction. Le rôle d'«agents de la paix» des agents de police militaire nommés en vertu de cet article ne se limitait pas aux cas où ils remplissaient des fonctions précises que leur attribuait la *Loi sur la défense nationale* ou un texte adopté sous son régime.

Il s'ensuivait, de l'avis du juge Hart, que le magistrat avait commis une erreur en concluant que l'agent de la police militaire, le soldat Ettinger,

officer” for the purposes of enforcing s. 235 of the *Criminal Code*. He was vested with the authority to make a breathalyzer demand. The acquittal was therefore set aside and the case remitted to the trial judge.

3. *Supreme Court of Canada*

Leave to appeal was granted by this Court, [1982] 2 S.C.R. ix. By motion, the appellant asked the Court to issue an order *nunc pro tunc* extending the time within which service and filing of a notice of appeal was required. The order was issued, and notice of appeal was filed subsequently.

IV

The Definition of “Peace Officer” in s. 2(f)(i) of the *Criminal Code*

Section 2(f) of the *Criminal Code* was introduced by the *Criminal Law Amendment Act, 1972*, S.C. 1972, c. 13. Prior to that amending legislation, the s. 2 definition of “peace officer” contained no reference to military personnel. The scope of authority of military police was established solely by s. 134 of the *National Defence Act*, and by regulations made thereunder, specifically by s. 22.02 of the *Queen’s Regulations*. Section 134 provided that military police could exercise authority over only those persons “subject to the Code of Service Discipline”. That Code consists of Parts IV-IX of the *National Defence Act* and it is designed primarily to regulate the conduct of members of the Canadian Armed Forces. Those subject to the Code are set out in s. 55(1) of the *National Defence Act*. It bears reiteration that the trial judge found as a fact that the appellant, Mr. Nolan, was not subject to the Code.

Under s. 134(b) of the Act prior to the 1972 amendments, military police had been granted specific authority to issue a breathalyzer demand pursuant to s. 235 of the *Criminal Code*, but only “in respect of any person subject to the Code of Service Discipline”:

134. Such officers and men as are appointed under regulations for the purposes of this section may

ger, n’était pas un «agent de la paix» aux fins de l’application de l’art. 235 du *Code criminel*. Le soldat Ettinger était investi d’ordonner un alcootest. En conséquence, l’acquiescement a été annulé et l’affaire renvoyée au juge du procès.

3. *Cour suprême du Canada*

Cette Cour a accordé l’autorisation de pourvoi, [1982] 2 R.C.S. ix. Par voie de requête, l’appelant a demandé à la Cour de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* qui aurait prorogé le délai prévu pour la signification et le dépôt d’un avis d’appel. L’ordonnance sollicitée a été rendue et on a par la suite déposé l’avis d’appel.

IV

La définition d’«agent de la paix» au sous-al. 2f)(i) du *Code criminel*

L’alinéa 2f) du *Code criminel* a été introduit par la *Loi de 1972 modifiant le Code criminel*, S.C. 1972, chap. 13. Antérieurement à cette loi modificative, la définition de l’expression «agent de la paix» à l’art. 2 ne parlait pas du personnel militaire. L’étendue du pouvoir de la police militaire était fixée uniquement par l’art. 134 de la *Loi sur la défense nationale* et par les règlements pris sous son régime, en particulier par l’art. 22.02 des *Ordonnances et règlements royaux*. L’article 134 prévoyait que la police militaire ne pouvait exercer son pouvoir qu’à l’égard de toute personne «soumise au Code de discipline militaire». Ce Code est composé des parties IV à IX de la *Loi sur la défense nationale* et est destiné principalement à réglementer la conduite des membres des Forces armées canadiennes. Les personnes assujetties au Code sont énumérées au par. 55(1) de la *Loi sur la défense nationale*. Il convient de répéter que le juge du procès a conclu que l’appelant, M. Nolan, ne relevait pas du Code.

Avant les modifications apportées en 1972, l’al. 134b) de la Loi autorisait expressément la police militaire à ordonner, en vertu de l’art. 235 du *Code criminel*, un alcootest, mais seulement «relativement à toute personne soumise au Code de discipline militaire»:

134. Les officiers et hommes nommés, en vertu des règlements, pour l’exécution du présent article peuvent

(b) exercise the authority vested in a peace officer under section 235 of the *Criminal Code* in respect of any person subject to the Code of Service Discipline

This paragraph was repealed in 1972 and the new para. (f) was added to the definition of "peace officer" in s. 2 of the *Criminal Code*. As we have seen, s. 2(f)(i) thereafter included in the definition of "peace officer" all "officers and men of the Canadian Forces" who are "appointed for the purposes of section 134 of the *National Defence Act*". It was the opinion of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, that these amendments were intended to broaden the scope of authority of military police. Military police officers would no longer be limited to exercising authority over persons subject to the Code of Service Discipline, but could act as "peace officers" in relation to all residents of Canada. Hart J.A. stated at p. 420:

The obvious intention of this amendment was to cloak these trained [military] policemen with authority to deal with persons not subject to the Code of Service Discipline. Although it may not be desirable that this authority be exercised on too broad a basis, Parliament has, in my opinion, created peace officers under the *Criminal Code* of all military personnel appointed under s. 134 of the *National Defence Act* to carry out police duties within the Armed Forces. They have been vested with power to exercise their duties as peace officers not only when dealing with members of the Armed Forces but also with other persons not subject to the Code of Service Discipline.

No other court in Canada has adopted such a broad interpretation of s. 2(f)(i) and it should be underscored that the Nova Scotia Court itself stated that "it may not be desirable that this authority [of military police] be exercised on too broad a basis." Although he argued for a very broad interpretation of s. 2(f)(i), even the respondent Attorney General in this case argued in his factum that it would be "contrary to his interest" to submit that the military police could "exercise a general jurisdiction throughout the Province". He asked that the "judgment in the case at bar be confined to the particular circumstances of this case".

b) exercer l'autorité dévolue à un agent de la paix en vertu de l'article 235 du *Code criminel* relativement à toute personne soumise au Code de discipline militaire

En 1972, cet alinéa a été abrogé le nouvel al. f) a été ajouté à la définition d'«agent de la paix» à l'art. 2 du *Code criminel*. Comme nous l'avons déjà vu, le sous-al. 2f)(i) englobait dans la définition de l'expression «agent de la paix» tous «les officiers et hommes des Forces canadiennes» qui sont «nommés aux fins de l'article 134 de la *Loi sur la défense nationale*». Selon la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, ces modifications étaient destinées à élargir le pouvoir de la police militaire. En effet, le pouvoir des agents de la police militaire ne se limiterait plus aux personnes soumises au Code de discipline militaire; ils pourraient désormais agir en tant qu'«agents de la paix» à l'égard de tous les habitants du Canada. Le juge Hart a dit, à la p. 420:

[TRADUCTION] Cette modification avait manifestement pour but d'investir ces policiers [militaires] formés de pouvoirs sur les personnes non assujetties au Code de discipline militaire. Même s'il peut être souhaitable que ce pouvoir ne soit pas trop largement exercé, le Parlement, selon moi, a fait de tout le personnel militaire nommé en vertu de l'art. 134 de la *Loi sur la défense nationale* pour remplir des fonctions policières dans les Forces armées des agents de la paix aux fins du *Code criminel*. On leur a conféré le pouvoir d'exercer leurs fonctions d'agents de la paix non seulement à l'égard de membres des Forces armées, mais aussi à l'égard d'autres personnes qui ne relèvent pas du Code de discipline militaire.

Aucun autre tribunal canadien n'a adopté une interprétation aussi large du sous-al. 2f)(i) et il faut souligner que la cour néo-écossaise elle-même a dit qu'«il peut être souhaitable que ce pouvoir [de la police militaire] ne soit pas trop largement exercé». Bien qu'il ait plaidé en faveur d'une interprétation très large du sous-al. 2f)(i), même le procureur général intimé en l'espèce a fait valoir dans son mémoire qu'il serait [TRADUCTION] «contraire à son intérêt» de prétendre que la police militaire pourrait [TRADUCTION] «exercer une compétence générale partout dans la province». Il a demandé que le [TRADUCTION] «jugement dans la présente instance se limite aux circonstances particulières de l'affaire».

The view that the 1972 amendments to the *National Defence Act* and the *Criminal Code* were intended to broaden the scope of authority of the military police was rejected expressly by the Supreme Court of British Columbia in *R. v. Smith* (1982), 67 C.C.C. (2d) 418. Andrews J. held that the words in s. 2(f)(i) "appointed for the purposes of section 134 of the *National Defence Act*" served not only to direct attention to the source of authority of the "peace officer", but also imposed an important limitation upon that authority (at p. 424):

In this case the words "for the purposes of section 134 of the *National Defence Act*" must . . . be taken to mean something. Section 134 of the *National Defence Act* clearly limits the scope of the purposes of this section to a grant of authority to an officer or man appointed thereunder to deal only with persons subject to the *Code of Service Discipline*. [Emphasis in original.]

This interpretation of s. 2(f)(i) of the *Code* was upheld by the B.C. Court of Appeal (1983), 2 C.C.C. (3d) 250, and it is entirely consistent with the judgment of the Court of Appeal of Alberta in *R. v. Harvey* (1979), 18 A.R. 382, where Clement J.A. held, at p. 386:

The jurisdiction of [the military police officer] is both defined and limited by the terms of s. 134 of the *National Defence Act* which is imported by reference into the definitions given by s. 2 of the *Criminal Code*. The military police are empowered as police officers with respect to persons who are subject to the Code of Service Discipline.

Callaghan J. of the Ontario High Court reached the same conclusion in *R. v. Pile* (1982), 66 C.C.C. (2d) 268, at p. 272.

The weight of authority points, therefore, to the conclusion that s. 2(f)(i) does not extend the authority of military police to act as "peace officers" throughout a province and in relation to all residents of a province, duplicating the role and function of the civil police. Of course, the mere preponderance of authority is not sufficient in itself to justify a particular conclusion before this Court, unless that authority is grounded in reason and fairness. In the present case, however, authority,

Dans la décision *R. v. Smith* (1982), 67 C.C.C. (2d) 418, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a catégoriquement rejeté le point de vue selon lequel les modifications apportées en 1972 à la *Loi sur la défense nationale* et au *Code criminel* étaient destinées à élargir le pouvoir de la police militaire. Le juge Andrews a conclu que non seulement les mots «nommés aux fins de l'article 134 de la *Loi sur la défense nationale*» au sous-al. 2f)(i) servaient à indiquer la source du pouvoir de l'«agent de la paix», mais ils imposaient aussi une restriction importante à ce pouvoir (à la p. 424):

[TRADUCTION] Dans le cas présent, il faut [...] considérer que les mots «aux fins de l'art. 134 de la *Loi sur la défense nationale*» signifient quelque chose. L'article 134 de la *Loi sur la défense nationale* limite clairement la portée des objectifs de cet article à l'attribution à un officier ou à un homme nommé en vertu dudit article d'un pouvoir sur les seules personnes soumises au *Code de discipline militaire*. [Mis en italiques par l'auteur.]

Cette interprétation du sous-al. 2f)(i) du *Code* a reçu l'approbation de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 2 C.C.C. (3d) 250 et elle concorde parfaitement avec l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *R. v. Harvey* (1979), 18 A.R. 382, où le juge Clement a dit, à la p. 386:

[TRADUCTION] La compétence de [l'agent de la police militaire] est à la fois définie et restreinte par les termes de l'art. 134 de la *Loi sur la défense nationale* qui est incorporée par renvoi dans les définitions se trouvant à l'art. 2 du *Code criminel*. La police militaire est investie de pouvoirs policiers relativement aux personnes soumises au Code de discipline militaire.

Le juge Callaghan de la Haute Cour de l'Ontario est arrivé à la même conclusion dans la décision *R. v. Pile* (1982), 66 C.C.C. (2d) 268, à la p. 272.

L'ensemble de la jurisprudence porte donc à conclure que le sous-al. 2f)(i) n'étend pas les pouvoirs de la police militaire pour qu'elle agisse en tant qu'«agents de la paix» partout dans une province et à l'égard de tous ses habitants, ce qui ferait double emploi avec le rôle et la fonction de la police civile. Bien entendu, la simple prépondérance jurisprudentielle ne suffit pas en soi pour justifier une conclusion particulière en cette Cour, à moins que la jurisprudence en question soit

common sense and principle all lead to the same conclusion.

On the level of principle, it is important to remember that the definition of "peace officer" in s. 2 of the *Criminal Code* is not designed to create a police force. It simply provides that certain persons who derive their authority from other sources will be treated as "peace officers" as well, enabling them to enforce the *Criminal Code* within the scope of their pre-existing authority, and to benefit from certain protections granted only to "peace officers". Any broader reading of s. 2 could lead to considerable constitutional difficulties. Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* provides that the administration of justice falls within provincial legislative competence. See *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, and *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218. Although the ability of the federal Parliament to create a national police force has never been challenged and any such exercise of authority is presumptively valid, to treat s. 2 of the *Criminal Code* as a broad grant of authority to thousands of persons to act as "peace officers" in any circumstances could well prompt a constitutional challenge. In the context of division of powers, legislation should be interpreted, when possible, so that it is not *ultra vires*. The assessment of legislation under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is, of course, subject to different considerations. See *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110.

I would therefore conclude that the definition of "peace officer" in s. 2 of the *Criminal Code* serves only to grant additional powers to enforce the criminal law to persons who must otherwise operate within the limits of their statutory or common law sources of authority.

This interpretation is buttressed by a close textual analysis of s. 2(f) itself. Like Andrews J. of

fondée sur la raison et sur l'équité. En l'espèce, cependant, la jurisprudence, le bon sens et les principes mènent tous à la même conclusion.

Sur le plan des principes, il est important de se rappeler que la définition d'un «agent de la paix» à l'art. 2 du *Code criminel* ne vise pas à créer un corps policier. Cette définition porte simplement que certaines personnes qui tirent leur autorité d'autres sources seront également considérées comme des «agents de la paix», afin qu'elles puissent appliquer le *Code criminel* par l'exercice de l'autorité dont elles se trouvent déjà investies et afin qu'elles puissent bénéficier de la protection accordée uniquement aux «agents de la paix». Toute interprétation plus large de l'art. 2 risque d'entraîner de grandes difficultés constitutionnelles. Suivant le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'administration de la justice relève de la compétence des provinces. Voir *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, et *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218. Bien que le pouvoir du législateur fédéral de créer un corps policier national n'ait jamais été contesté et que tout exercice de ce pouvoir soit présumé valide, si l'art. 2 du *Code criminel* devait être considéré comme autorisant des milliers de personnes à agir en tant qu'«agents de la paix» dans n'importe quelles circonstances, cela pourrait fort bien déclencher une contestation constitutionnelle. Dans le contexte du partage des pouvoirs, on doit interpréter les lois, dans la mesure du possible, de façon à ce qu'elles ne soient pas *ultra vires*. Les critères qui s'appliquent à l'évaluation d'une loi en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont évidemment différents. Voir *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110.

Je conclus donc que la définition de l'expression «agent de la paix» à l'art. 2 du *Code criminel* a pour seul effet de conférer des pouvoirs supplémentaires pour appliquer le droit criminel à des personnes qui doivent par ailleurs agir dans les limites fixées à leur pouvoir par la loi ou la *common law*.

Cette interprétation est renforcée par une analyse minutieuse du texte de l'al. 2f) lui-même.

the British Columbia Supreme Court, I am convinced that the words in s. 2(f)(i), “appointed for the purposes of section 134 of the *National Defence Act*” must indeed “mean something”. The respondent Crown submits that “for the purposes of section 134” means nothing more than “under section 134”. The reference is simply to describe those members of the Armed Forces—military police—who are “peace officers” within the meaning of s. 2(f)(i). No limitation of authority is implied. I cannot agree with that interpretation. Section 2(f)(i) of the *Code* speaks of the purposes of s. 134, not merely of the group defined by s. 134. The purposes of s. 134 are clear: the section provides that officers and men appointed under regulations pursuant to the section may exercise authority over persons subject to the Code of Service Discipline. That is the full extent of the grant of power. Under this reading, s. 2(f)(i) of the *Code* allows such officers and men the additional authority to enforce the *Criminal Code* but only in relation to persons referred to in s. 134 itself.

The context of s. 2(f)(i) of the *Code* lends further support to this interpretation. Under section 2(c), persons “employed for the preservation and maintenance of the public peace or for the service or execution of civil process” are peace officers. Section 2(d) states that an officer or person “having the powers of a customs or excise officer” is a peace officer “when performing any duty in the administration of the *Customs Act* or the *Excise Act*”. In section 2(d.1) it is established that a “fishery officer” is a peace officer “when performing any of his duties or functions” under the *Fisheries Act*. Similarly, under s. 2(e) the pilot of an aircraft registered in Canada is a peace officer “while the aircraft is in flight”. All military personnel are peace officers, under s. 2(f)(ii), when they are employed on duties prescribed by regulation that necessitate the powers of a peace officer. Thus, it will be seen that s. 2(f)(i) falls within a series of definitions all of which contain express functional or temporal limitations. In this context, it is difficult to imagine that the words in

Comme le juge Andrews de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, je suis convaincu que les mots «nommés aux fins de l'article 134 de la *Loi sur la défense nationale*», au sous-al. 2f)(i), doivent réellement «signifie[r] quelque chose». Le ministère public, intimé, soutient que l'expression «aux fins de l'article 134» signifie rien d'autre qu' [TRADUCTION] «en vertu de l'article 134». Il s'agit d'une simple description des membres des Forces armées, en l'occurrence la police militaire, qui sont des «agents de la paix» au sens du sous-al. 2f)(i). Aucune restriction de leur autorité n'est sous-entendue. Je ne puis accepter cette interprétation. Le sous-alinéa 2f)(i) du *Code* parle des fins de l'art. 134, non pas simplement du groupe de personnes visées par l'art. 134. Or, les fins de l'art. 134 sont claires: il dispose que les officiers et hommes nommés en vertu des règlements pris sous le régime de l'article peuvent exercer des pouvoirs sur les personnes soumises au Code de discipline militaire. Voilà toute l'étendue du pouvoir accordé. Selon cette interprétation, le sous-al. 2f)(i) du *Code* confère à ces officiers et hommes le pouvoir supplémentaire d'appliquer le *Code criminel*, mais seulement à l'égard de personnes visées par l'art. 134 lui-même.

Cette interprétation est étayée davantage par le contexte du sous-al. 2f)(i) du *Code*. Aux termes de l'al. 2c), toute personne «employée à la préservation et au maintien de la paix publique ou à la signification ou à l'exécution des actes judiciaires au civil» est un agent de la paix. L'alinéa 2d) dit qu'un fonctionnaire ou une personne «possédant les pouvoirs d'un préposé des douanes ou de l'accise» est un agent de la paix «dorsqu'il exerce une fonction dans l'application de la *Loi sur les douanes* ou de la *Loi sur l'accise*». Il ressort de l'al. 2d.1) que les «fonctionnaires des pêcheries» sont des agents de la paix «dans l'exercice des fonctions» que leur confère la *Loi sur les pêcheries*. De même, suivant l'al. 2e), le pilote d'un aéronef immatriculé au Canada est un agent de la paix «pendant que l'aéronef est en vol». Le sous-alinéa 2f)(ii) porte que tous les militaires sont des agents de la paix lorsqu'ils sont employés à des fonctions prescrites par voie de règlement qui nécessitent qu'ils détiennent les pouvoirs d'un agent de la paix. On constate donc que le sous-al. 2f)(i) fait partie d'une

s. 2(f)(i), “for the purposes of section 134 of the *National Defence Act*” are not to be treated as words of limitation.

Finally, it must be stressed that a reading of s. 2(f)(i) that recognizes no limitation on the power of military police to act as “peace officers” would have the effect of broadening considerably the power of the military police to arrest without warrant. That power is granted by s. 134 of the *National Defence Act*. In *R. v. Dean* (1965), 47 C.R. 311, at p. 319 (Ont. C.A.), Laskin J.A. warned that “the Courts ought not to adopt a construction to enlarge the power to arrest without warrant unless the construction is plainly demanded by the words used in the relevant statute”. I would endorse that view without reservation. As emphasized by Le Dain J. in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 644, when a citizen is confronted with police authority, there is always a strong element of “psychological compulsion” in any police demand. Although this “compulsion” may be useful in the maintenance of a peaceful society, the citizen should not be subject to the demands of a confusing array of authority figures. One of the hallmarks of our free and democratic society is the relatively low level of interference by officers of the state in the daily lives of the Canadian people. The exigencies of crime prevention and detection do not require an interpretation of s. 2(f)(i) of the *Criminal Code* that would permit military police officers to exercise the powers of a “peace officer” in relation to all Canadians and throughout the country. I would therefore read s. 2(f)(i) as according to persons appointed for the purposes of s. 134 of the *National Defence Act* the additional powers of peace officers under the *Criminal Code*, but only in relation to men and women subject to the Code of Service Discipline.

The arresting military police officer in the present case could not derive authority from

série de définitions dont chacune établit des restrictions expresses quant à la nature des fonctions ou à leur durée. Dans ce contexte, on conçoit difficilement que les mots «aux fins de l'article 134 de la *Loi sur la défense nationale*», au sous-al. 2f)(i) ne doivent pas être considérés comme restrictifs.

Finalement, il faut souligner qu'une interprétation du sous-al. 2f)(i) qui n'admet aucune restriction du pouvoir de la police militaire d'agir en tant qu'«agents de la paix» élargirait considérablement son pouvoir d'arrêter sans mandat. Ce pouvoir découle de l'art. 134 de la *Loi sur la défense nationale*. Dans l'affaire *R. v. Dean* (1965), 47 C.R. 311 (C.A. Ont.), à la p. 319, le juge Laskin a fait la mise en garde suivante: [TRADUCTION] «les cours ne doivent accroître le pouvoir d'arrêter sans mandat que s'il s'agit d'une interprétation qu'exigent clairement les termes de la loi pertinente». Je souscris sans aucune réserve à ce point de vue. Comme l'a souligné le juge Le Dain dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 644, quand un particulier se trouve confronté au pouvoir policier, toute sommation émanant de la police comporte toujours un élément important de «contrainte psychologique». Bien que cette «contrainte» puisse être utile du point de vue du maintien de la paix publique, le citoyen ne devrait pas être assujéti aux sommations d'une foule déroutante de personnes en situation d'autorité. L'un des traits distinctifs de notre société libre et démocratique est que les fonctionnaires de l'État s'ingèrent relativement peu dans la vie quotidienne des Canadiens. Les besoins en matière de prévention et de détection du crime ne commandent pas une interprétation du sous-al. 2f)(i) du *Code criminel* qui permettrait aux agents de police militaire d'exercer les pouvoirs d'un «agent de la paix» à l'égard de tous les Canadiens et partout au Canada. J'interprète donc le sous-al. 2f)(i) comme accordant aux personnes nommées aux fins de l'art. 134 de la *Loi sur la défense nationale* les pouvoirs supplémentaires conférés aux agents de la paix par le *Code criminel*, mais seulement à l'égard des personnes soumises au Code de discipline militaire.

L'agent de police militaire qui a effectué l'arrestation en l'espèce n'a pas pu s'autoriser du sous-al.

s. 2(f)(i) to demand of Mr. Nolan, a civilian, that he provide a breathalyzer sample. It remains to be seen whether such authority can be derived from the definition of "peace officer" in s. 2(f)(ii) of the *Criminal Code*.

V

The Definition of "Peace Officer" in s. 2(f)(ii) of the *Criminal Code*

As I have indicated, the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, held in the instant case that the arresting military police officer had derived his authority from s. 2(f)(i) of the *Criminal Code*. It was therefore unnecessary to discuss s. 2(f)(ii). Indeed, the only reported case which explores s. 2(f)(ii) in any detail is *R. v. Pile, supra*, a decision of Callaghan J. The facts in *Pile* were very similar to those of the case at bar. The accused was observed driving on a military base by a military police officer. The officer had reasonable and probable grounds to believe that the accused was impaired by alcohol. The military police officer followed the accused off the base and arrested him on a public highway. In these circumstances, Callaghan J. held that the arresting officer was a peace officer within the meaning of s. 2(f)(ii) of the *Criminal Code*. I agree, but my reasons for so concluding are somewhat different than those advanced by Callaghan J.

Section 2(f)(ii) of the *Criminal Code* establishes that any "officer or man" of the Canadian Forces is a peace officer when

(ii) employed on duties that the Governor in Council, in regulations made under the *National Defence Act* for the purposes of this paragraph, has prescribed to be of such a kind as to necessitate that the officers and men performing them have the powers of peace officers;

The Governor in Council has promulgated such regulations in s. 22.01(2) of the *Queen's Regulations* which, for the sake of convenience, I will set out again:

2f)(i) pour ordonner à M. Nolan, un civil, de fournir un échantillon d'haleine en vue d'un alcootest. Reste à savoir si une telle autorité découle de la définition du terme «agent de la paix» au sous-al. 2f)(ii) du *Code criminel*.

V

La définition d'«agent de la paix» au sous-al. 2f)(ii) du *Code criminel*

Comme je l'ai déjà dit, la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a conclu en l'espèce que l'agent de la police militaire qui a procédé à l'arrestation tirait son pouvoir du sous-al. 2f)(i) du *Code criminel*. Cela dispensait donc d'examiner le sous-al. 2f)(ii). De fait, la seule décision publiée qui contienne une étude le moins détaillée du sous-al. 2f)(ii) est le jugement du juge Callaghan dans l'affaire *R. v. Pile, précitée*. Les faits dans l'affaire *Pile* se rapprochaient beaucoup de ceux de la présente instance. L'accusé conduisait sur une base militaire. Un agent de la police militaire qui l'a remarqué avait des motifs raisonnables et probables de croire que les facultés de l'accusé étaient affaiblies par l'alcool. L'agent de la police militaire a suivi l'accusé jusqu'en dehors de la base et l'a arrêté sur une voie publique. Dans ces circonstances, le juge Callaghan a conclu que l'agent qui a procédé à l'arrestation était un agent de la paix au sens du sous-al. 2f)(ii) du *Code criminel*. Je suis d'accord, mais ma conclusion repose sur des raisons un peu différentes de celles énoncées par le juge Callaghan.

Le sous-alinéa 2f)(ii) du *Code criminel* porte que tous les «officiers et hommes» des Forces canadiennes sont des agents de la paix quand ils sont

(ii) employés à des fonctions que le gouverneur en conseil, dans des règlements établis en vertu de la *Loi sur la défense nationale* aux fins du présent alinéa, a prescrites comme étant d'une telle sorte que les officiers et les hommes qui les exercent doivent nécessairement avoir les pouvoirs des agents de la paix;

Le gouverneur en conseil a promulgué de tels règlements au par. 22.01(2) des *Ordonnances et règlements royaux* que, par souci de commodité, je reproduis de nouveau:

(2) For the purposes of subparagraph (f)(ii) of the definition of "peace officer" in section 2 of the *Criminal Code*, it is hereby prescribed that any lawful duties performed as a result of a specific order or established military custom or practice, that are related to any of the following matters are of such a kind as to necessitate that the officers and men performing them have the powers of peace officers:

- (a) the maintenance or restoration of law and order;
- (b) the protection of property;
- (c) the protection of persons;
- (d) the arrest or custody of persons;
- (e) the apprehension of persons who have escaped from lawful custody or confinement;
- (f) the enforcement of warrants issued by the Minister pursuant to section 218 of the *National Defence Act*;
- (g) the enforcement of the *Customs Act* and regulations made thereunder, or
- (h) the enforcement of the *Boating Restriction Regulations* and the *Small Vessel Regulations*.

There can be no doubt that the detection and arrest of inebriated drivers falls within the "matters" enumerated in s. 22.01(2). It could be said to relate to the maintenance or restoration of law and order, to the protection of property, or to the protection of persons. It certainly relates to the arrest or custody of persons. That is not the final hurdle, however, for the regulation imposes further conditions upon military personnel claiming to act as peace officers under s. 2(f)(ii) of the *Code*. A member of the armed forces is not given leave by s. 22.01(2) of the *Queen's Regulations* to act as a peace officer in all circumstances. Military personnel only fall within the definition when they are performing "lawful duties" that are the "result of a specific order or established military custom or practice".

It is therefore necessary to determine whether a demand made to a civilian driver for a breath sample falls within the scope of the lawful duties of a military police officer and whether the officer in the case at bar was acting pursuant to a specific

(2) Aux fins de l'alinéa f)(ii) de la définition d'«agents de la paix» à l'article 2 du *Code criminel*, il est établi par les présentes que toutes les tâches légales, accomplies en vertu d'un ordre précis ou d'une coutume ou pratique militaire établie, qui sont reliées à l'un ou l'autre des domaines énumérés ci-après, sont d'une nature telle qu'il est nécessaire que les officiers et les hommes qui en sont chargés, soient investis des pouvoirs d'un agent de la paix:

- (a) le maintien et le rétablissement de l'ordre public;
- (b) la protection des biens;
- (c) la protection des personnes;
- (d) l'arrestation ou la détention des personnes;
- (e) l'arrestation de personnes qui se sont évadées de la garde ou de l'incarcération légitime;
- (f) l'exécution de mandats émis par le Ministre en vertu de l'article 218 de la *Loi sur la défense nationale*;
- (g) la mise en application de la *Loi sur les douanes* et des règlements qui en découlent; ou
- (h) la mise en application du *Règlement sur les restrictions à la conduite des bateaux* ainsi que du *Règlement sur les petits bâtiments*.

Il ne fait pas de doute que le dépistage et l'arrestation des conducteurs qui sont en état d'ébriété relèvent des «domaines» énumérés au par. 22.01(2). On pourrait dire que cela est relié au maintien ou au rétablissement de l'ordre public, à la protection de biens ou à la protection de personnes. Cela est certainement relié à l'arrestation ou à la détention de personnes. Ce n'est toutefois pas là le dernier obstacle à franchir, car le règlement impose d'autres conditions aux militaires qui prétendent agir en tant qu'agents de la paix en vertu du sous-al. 2f)(ii) du *Code*. Le paragraphe 22.01(2) des *Ordonnances et règlements royaux* n'autorise pas un membre des Forces armées à exercer des fonctions d'agent de la paix dans toutes les situations. Le personnel militaire ne relève de la définition que dans la mesure où il accomplit des «tâches légales» qui lui sont attribuées «en vertu d'un ordre précis ou d'une coutume ou pratique militaire établie».

Il est donc nécessaire de déterminer si un ordre de fournir un échantillon d'haleine adressé à un conducteur civil constitue une tâche légale d'un agent de la police militaire et si l'agent en cause en l'espèce agissait en conformité avec un ordre précis

order or established military custom or practice. To deal with these issues properly it is important to remember that when Mr. Nolan was observed by the military police officer, Mr. Nolan was driving at 50 kilometres per hour in a 15 kilometres per hour speed zone on C.F.B. Shearwater. Mr. Nolan was committing an infraction on the base, and the officer of course had authority to enforce the applicable speed limits against a civilian driving on the base (*Government Property Traffic Regulations*, C.R.C. 1978, c. 887).

Having stopped Mr. Nolan for the purposes of enforcing a speed limit, the officer derived further authority from the *Trespass Regulations*. These *Trespass Regulations* expressly do not apply to any person who is subject to the Code of Service Discipline, but they apply to all other persons, with certain stipulated exceptions. (See sections 3 and 29 of the *Trespass Regulations*.) They did apply to Mr. Nolan.

Section 28(1) of the *Trespass Regulations* provides:

28.(1) Every security guard is authorized to arrest without warrant any person found committing any criminal offence or infraction of these Regulations on or with respect to any defence establishment or whom on reasonable and probable ground he believes to have committed such offence or infraction.

The definition of "security guard" in s. 2 of the *Trespass Regulations* includes the "military policeman". There can be no doubt that the military police officer in the present case had the authority of a "security guard" under the *Trespass Regulations*. The facts found at trial established that he also had reasonable and probable grounds to believe that a criminal offence had been committed. Finally, the suspected criminal infraction of driving while impaired by alcohol took place on a "defence establishment", fulfilling the last requirement of s. 28(1) of the *Trespass Regulations*. The military police officer in the instant case therefore had statutory authority to arrest Mr. Nolan without warrant to enforce the criminal law.

ou une coutume ou pratique militaire établie. Pour bien répondre à ces questions, il est important de se rappeler que, au moment où l'agent de la police militaire l'a vu, M. Nolan conduisait à 50 kilomètres à l'heure sur la B.F.C. de Shearwater dans une zone où la vitesse était limitée à 15 kilomètres à l'heure. Monsieur Nolan commettait une infraction sur la base et, bien entendu, l'agent détenait le pouvoir d'appliquer à l'égard d'un civil conduisant sur la base les limites de vitesse fixées (*Règlement relatif à la circulation sur les terrains du gouvernement*, C.R.C. 1978, chap. 887).

Ayant arrêté M. Nolan en vue de faire respecter une limite de vitesse, l'agent tirait un pouvoir supplémentaire du *Règlement sur la violation de propriété*. Ce règlement porte expressément qu'il ne s'applique pas aux personnes assujetties au Code de discipline militaire, mais que, sauf les exceptions prévues, il vise toutes les autres personnes. (Voir les art. 3 et 29 du *Règlement sur la violation de propriété*.) Ce règlement s'appliquait donc à M. Nolan.

Le paragraphe 28(1) du *Règlement sur la violation de propriété* dispose:

28.(1) Tout agent de sûreté est autorisé à arrêter, sans mandat, toute personne qu'il surprend à commettre un délit ou une infraction au présent règlement, à un établissement de défense ou à l'égard d'un tel établissement, ou qu'il est raisonnablement et probablement fondé à croire coupable d'un tel délit ou d'une telle infraction.

La définition d'un «agent de sûreté» à l'art. 2 du *Règlement sur la violation de propriété* comprend un «agent [...] de la police militaire». Sans aucun doute, l'agent de la police militaire en l'espèce était revêtu des pouvoirs d'un «agent de sûreté» visé par le *Règlement sur la violation de propriété*. Au procès, on a établi qu'il avait en outre des motifs raisonnables et probables de croire à la perpétration d'une infraction criminelle. Finalement, l'infraction criminelle soupçonnée, soit d'avoir conduit en état d'ébriété, a eu lieu sur un «établissement de défense», ce qui remplissait la dernière exigence posée par le par. 28(1) du *Règlement sur la violation de propriété*. L'agent de la police militaire en l'espèce était donc investi du pouvoir légal d'arrêter M. Nolan sans mandat afin d'appliquer le droit criminel.

I have no difficulty in concluding as well that a military police officer who has clear statutory authority to enforce the law and who is sent out on a routine patrol on a base is abiding by established military practice in fulfilling his role by attempting to enforce the law. The military police officer in the present case therefore met the final condition imposed by s. 22.01(2) of the *Queen's Regulations*. He was acting "as a result of a specific order or established military custom or practice".

In summary, the authority vested in the military police by virtue of s. 28(1) of the *Trespass Regulations* was sufficient to fulfil the requirements of s. 22.01(2) of the *Queen's Regulations*: the military police officer was performing "lawful duties" flowing from a "specific order or established military custom or practice". To perform those duties of enforcing the criminal law against civilians on a military base, it was necessary, furthermore, to have the powers of a peace officer. I have already emphasized that the detection of inebriated drivers clearly falls within a number of the enumerated "matters" in s. 22.01(2). I would conclude, therefore, that the arresting officer was a peace officer within the meaning of s. 2(f)(ii) of the *Criminal Code* when read with s. 22.01(2) of the *Queen's Regulations* and s. 28(1) of the *Trespass Regulations*. Being a "peace officer", the military police officer in the instant case was entitled to invoke the statutory authorization of s. 235(1) of the *Criminal Code* and to issue a breathalyzer demand. I expressly leave aside the question what authority is vested in military personnel for the purposes of Part XI of the *National Defence Act* which relates to extraordinary use of the military in aid of the civil power. That question clearly is not raised on the facts of the case at bar.

One issue must yet be resolved. Although the offence took place on a defence establishment, the actual detention of the accused occurred on a public highway after the military police had followed Mr. Nolan out of the gates of the base. The question arises whether the military police retained

Je conclus également sans hésitation qu'un agent de la police militaire qui a le pouvoir légal clair d'appliquer la loi et qui patrouille normalement la base se conforme à une pratique militaire établie en remplissant son rôle qui est d'appliquer la loi. L'agent de la police militaire en l'espèce a donc rempli la dernière condition imposée par le par. 22.01(2) des *Ordonnances et règlements royaux*. Il a agi «en vertu d'un ordre précis ou d'une coutume ou pratique militaire établie».

En résumé, le pouvoir dont le par. 28(1) du *Règlement sur la violation de propriété* investissait la police militaire suffisait pour satisfaire à toutes les exigences du par. 22.01(2) des *Ordonnances et règlements royaux*: l'agent de la police militaire accomplissait des «tâches légales» que lui attribuait «un ordre précis ou une coutume ou pratique militaire établie». Pour accomplir la tâche qui consistait à appliquer le droit criminel aux civils sur une base militaire, il était en outre nécessaire de détenir les pouvoirs d'un agent de la paix. J'ai déjà souligné que le dépistage de conducteurs en état d'ébriété relève clairement de plusieurs «domaines» énumérés au par. 22.01(2). Je concluais en conséquence que l'agent qui a procédé à l'arrestation était un agent de la paix au sens du sous-al. 2f)(ii) du *Code criminel* lorsqu'on interprète cette disposition avec le par. 22.01(2) des *Ordonnances et règlements royaux* et le par. 28(1) du *Règlement sur la violation de propriété*. En sa qualité d'«agent de la paix», l'agent de la police militaire en l'espèce pouvait s'autoriser du par. 235(1) du *Code criminel* et ordonner un alcootest. Je m'abstiens expressément d'aborder la question de savoir quels pouvoirs sont conférés au personnel militaire aux fins de la partie XI de la *Loi sur la défense nationale*, qui traite du recours aux Forces armées pour prêter main-forte au pouvoir civil dans des situations extraordinaires. Les faits de la présente affaire ne soulèvent manifestement pas cette question-là.

Reste encore une question à trancher. Bien que l'infraction ait été commise sur un établissement de défense, c'est sur une voie publique que l'accusé a été arrêté après que les policiers militaires l'eurent poursuivi jusqu'en dehors de la base. La question qui se pose à ce moment-là est de savoir si les

their status and authority as peace officers once they left C.F.B. Shearwater. On the particular facts of the instant case, I have no difficulty in concluding that they did. The accused was seen committing a traffic offence on the base. The officers only saw the accused as he was speeding out of the gates of the base and, in order to enforce the law, the military police officers had to follow Mr. Nolan off the base. There is absolutely no evidence that the accused attempted to evade the military police, so the circumstances do not really raise the issue of "hot pursuit". Given the instantaneous police warning to the accused to stop his vehicle and the detention immediately outside the gates of the base, there was such a clear nexus between the offence committed on the base and the detention off the base that I am convinced that the military police retained their status and authority as peace officers.

VI

Conclusion

The appeal should be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Boyne Clarke, Dartmouth.

Solicitor for the respondent: Department of the Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

policiers militaires conservaient leur qualité et leurs pouvoirs d'agents de la paix une fois à l'extérieur de la B.F.C. de Shearwater. Étant donné les faits particuliers de la présente affaire, je réponds sans hésitation par l'affirmative. On a vu l'accusé en train de commettre une infraction aux règles de la circulation sur la base. Les agents n'ont remarqué l'accusé qu'au moment où il franchissait à grande vitesse les portes de la base et, afin d'appliquer la loi, ils se sont vus dans l'obligation de poursuivre M. Nolan à l'extérieur de la base. Il n'y a aucun élément de preuve tendant à établir que l'accusé a tenté de fuir la police militaire; dans ces circonstances, il ne s'agit pas réellement d'une «prise en chasse». Étant donné que les policiers ont intimé instantanément à l'accusé l'ordre d'arrêter son véhicule et qu'ils ont procédé à son arrestation directement à l'extérieur des portes de la base, il existait entre l'infraction commise sur la base et l'arrestation en dehors de celle-ci un lien à ce point clair que je suis convaincu que les agents de la police militaire ont conservé leur qualité et leurs pouvoirs d'agents de la paix.

VI

Conclusion

Le pourvoi doit être rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant: Boyne Clarke, Dartmouth.

Procureur de l'intimée: Department of the Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ronald Charles Manninen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MANNINEN

File No.: 18505.

1987: April 3; 1987: June 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct lawyer — Accused's rights read by police — Accused indicating desire to remain silent and to see his lawyer — Opportunity to telephone lawyer not volunteered to accused — Questioning continued in absence of lawyer — No urgency — Conviction based on statement made in response to barbed question in absence of lawyer — Whether or not inculpatory statements obtained in a manner that infringed right to retain and instruct lawyer — Whether or not admission of inculpatory statements would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused's rights read by police — Accused indicating desire to remain silent and to see his lawyer — Opportunity to telephone lawyer not volunteered to accused — Questioning continued in absence of lawyer — No urgency — Conviction based on statement made in response to barbed question in absence of lawyer — Whether or not inculpatory statements obtained in a manner that infringed the right to retain and instruct lawyer — Whether or not admission of inculpatory statements would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Police continuing questioning notwithstanding accused's wish to remain silent and to consult lawyer — Whether or not admission of evidence obtained during that questioning bringing

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Ronald Charles Manninen *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. C. MANNINEN

N° du greffe: 18505.

b 1987: 3 avril; 1987: 25 juin.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusé informé de ses droits par la police — Expression par l'accusé de la volonté de garder le silence et de consulter son avocat — La possibilité de téléphoner à un avocat n'a pas été offerte à l'accusé — Poursuite de l'interrogatoire en l'absence d'un avocat — Aucune urgence — Déclaration de culpabilité fondée sur la réponse donnée à une question piège en l'absence d'un avocat — Les déclarations incriminantes ont-elles été obtenues dans des conditions qui portent atteinte au droit à l'assistance d'un avocat? — L'utilisation des déclarations incriminantes est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité d'éléments de preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Accusé informé de ses droits par la police — Expression par l'accusé de la volonté de garder le silence et de consulter son avocat — La possibilité de téléphoner à un avocat n'a pas été offerte à l'accusé — Poursuite de l'interrogatoire en l'absence d'un avocat — Aucune urgence — Déclaration de culpabilité fondée sur la réponse donnée à une question piège en l'absence d'un avocat — Les déclarations incriminantes ont-elles été obtenues dans des conditions qui portent atteinte au droit à l'assistance d'un avocat? — L'utilisation des déclarations incriminantes est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Preuve — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Poursuite de l'interrogatoire de la police malgré la volonté exprimée par l'accusé de garder le silence et de consulter un avocat — L'utilisation des éléments de preuve obtenus au cours

administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Criminal law — Right to retain and instruct lawyer — Police continuing questioning notwithstanding accused's wish to remain silent and to consult lawyer — Opportunity to telephone lawyer not volunteered to accused — Questioning continued in absence of lawyer — No urgency — Scope of right to lawyer — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

This appeal raised the question of the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter* in the context of the right to counsel in s. 10(b). Respondent was arrested for theft and possession of a stolen car and armed robbery. The arresting officer read him his rights from a card twice because of a flippant remark respondent had made following the first reading. Even though respondent then indicated that he was not going to say anything until he saw his lawyer, the officers continued to question him. Respondent did not directly request to use the telephone and the officers did not volunteer the use of it. Respondent did not speak to his lawyer until his lawyer called him at the police station that evening. The trial judge, in convicting the respondent, relied on a statement made by him in reply to a barbed question asked before his lawyer had made contact with him. The trial judge held that, even if the right to counsel had been infringed, the admission of the statements would not bring the administration of justice into disrepute. The Court of Appeal unanimously allowed respondent's appeal, quashed the convictions and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 10(b) imposes at least two duties on the police in addition to the duty to inform the detainee of his rights. First, the police must provide the detainee with a reasonable opportunity to exercise the right to retain and instruct counsel without delay. The duty to facilitate contact with counsel includes the duty to offer the respondent the use of the telephone. Although circumstances might exist where it is particularly urgent for the police to continue with their investigation before it is possible to facilitate a detainee's communication with counsel, there was no such urgency here. Secondly, the police must cease questioning the detainee until he has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. The purpose of the right to counsel is to allow the detainee not only to be informed of his rights and

de cet interrogatoire a-t-elle pour effet de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Droit criminel — Droit à l'assistance d'un avocat — Poursuite de l'interrogatoire de la police malgré la volonté exprimée par l'accusé de garder le silence et de consulter un avocat — La possibilité de téléphoner à un avocat n'a pas été offerte à l'accusé — Poursuite de l'interrogatoire en l'absence d'un avocat — Aucune urgence — Portée du droit à l'assistance d'un avocat — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Le présent pourvoi soulève la question de l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, dans le contexte du droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b). L'intimé a été arrêté pour vol et possession d'une voiture volée et vol à main armée. En raison d'une remarque cavalière faite par l'intimé après la première lecture, l'agent qui l'a arrêté lui a lu une seconde fois ses droits inscrits sur une carte. Bien que l'intimé ait alors indiqué qu'il ne dirait rien tant qu'il n'aurait pas vu son avocat, les policiers ont poursuivi leur interrogatoire. L'intimé n'a pas formellement demandé à se servir du téléphone et les agents de police ne lui ont pas offert de l'utiliser. L'intimé n'a parlé à son avocat que lorsque ce dernier lui a téléphoné au poste de police au cours de la soirée. En reconnaissant l'intimé coupable, le juge du procès s'est fondé sur une réponse que l'intimé a donnée à une question piège qu'on lui avait posée avant qu'il entre en communication avec son avocat. Le juge du procès a conclu que, même si le droit à l'assistance d'un avocat avait été violé, l'utilisation des déclarations ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La Cour d'appel a accueilli à l'unanimité l'appel de l'intimé, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'alinéa 10b) impose au moins deux obligations aux policiers, en plus de celle d'informer le détenu de ses droits. En premier lieu, le policier doit donner au détenu une possibilité raisonnable d'exercer son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. L'obligation de faciliter le recours à un avocat incluait l'obligation d'offrir à l'intimé de se servir du téléphone. Bien qu'il puisse y avoir des circonstances où il est particulièrement urgent que la police poursuive son enquête avant qu'il lui soit possible de faciliter l'entrée en communication d'un détenu avec un avocat, il n'y avait aucune urgence de cette nature en l'espèce. En deuxième lieu, les policiers doivent cesser d'interroger le détenu tant qu'il ne se sera pas vu offrir une possibilité raisonnable de recourir à l'assistance d'un avocat. Le droit à l'assis-

obligations under the law but, equally if not more important, to obtain advice as to how to exercise those rights. The police officers here correctly informed the respondent of his right to remain silent and the main function of counsel would be to confirm the existence of that right and then to advise him as to how to exercise it. For the right to counsel to be effective, the detainee must have access to this advice before he is questioned or otherwise required to provide evidence. This aspect of the respondent's right to counsel was clearly infringed, and again, there was no urgency to justify immediate questioning.

Respondent did not waive his right to counsel by answering the police officer's questions. A person may implicitly waive his rights under s. 10(b), but the standard is very high and was not met here.

Section 24(2) requires that the evidence must have been "obtained in a manner that infringed" the *Charter*. A sufficient relationship or connection between the violation and the evidence is made out where, as here, the evidence was obtained as a direct consequence of the violation of the *Charter*.

Finally, the evidence, to be excluded, must be such that its admission would bring the administration of justice into disrepute. Respondent's right to counsel was very seriously violated. The police officers simply ignored the rights they had read to him and his expressed desire to exercise the right to silence and the right to counsel. Their action was not justified by any urgency. The evidence, too, was self-incriminatory: its use following a denial of the right to counsel will generally go to the very fairness of the trial and thus will generally bring the administration of justice into disrepute. The admission of the evidence, in light of the seriousness of the violation and the effect of the evidence on the fairness of the trial, could not be justified on the ground that the offence involved was serious and that respondent's guilt was clearly established by the statement sought to be excluded.

Cases Cited

Applied: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **referred to:** *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926; *R. v. Nelson* (1982), 3 C.C.C. (3d) 147; *R. v. Anderson*

tance d'un avocat a pour objet de permettre à la personne détenue non seulement d'être informée de ses droits et de ses obligations en vertu de la loi mais également, voire qui plus est, d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits. En l'espèce, les agents de police ont informé correctement l'intimé de son droit de garder le silence et la principale fonction de l'avocat était de confirmer l'existence de ce droit, puis de le conseiller sur la façon de l'exercer. Pour que le droit à l'assistance d'un avocat soit efficace, le détenu doit pouvoir obtenir ces conseils avant d'être interrogé ou requis autrement de fournir des éléments de preuve. Il y a manifestement eu violation de cet aspect du droit de l'intimé d'avoir recours à un avocat et, encore une fois, il n'y avait aucune urgence pouvant justifier un interrogatoire immédiat.

L'intimé n'a pas renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat en répondant aux questions du policier. On peut renoncer implicitement aux droits conférés par l'al. 10b), mais la norme pour ce faire est très exigeante et on n'y a pas satisfait en l'espèce.

Le paragraphe 24(2) requiert que les éléments de preuve aient été «obtenus dans des conditions qui portent atteinte» à la *Charte*. Un rapport ou un lien suffisant entre la violation et les éléments de preuve est établi lorsque, comme en l'espèce, l'obtention des éléments de preuve découle directement de la violation de la *Charte*.

Finalement, pour que des éléments de preuve soient exclus, leur utilisation doit être susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il y a eu une violation très grave du droit de l'intimé à l'assistance d'un avocat. Les agents de police n'ont tout simplement pas tenu compte des droits dont ils venaient de lui faire lecture et de la volonté qu'il avait exprimée d'exercer les droits de garder le silence et de recourir à un avocat. Aucune urgence ne justifiait cette conduite. De plus, les éléments de preuve obtenus avaient un effet auto-incriminant: leur utilisation après un refus d'accorder le droit de recourir à un avocat, influe généralement sur l'équité même du procès et est donc généralement susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Compte tenu de la gravité de la violation et de l'effet des éléments de preuve sur l'équité du procès, l'admission de ces éléments de preuve ne saurait être justifiée pour le motif qu'il s'agissait d'une infraction grave et que la culpabilité de l'intimé est clairement établie par la déclaration qu'on veut voir écartée.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêts mentionnés:** *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926; *R. v. Nelson* (1982), 3 C.C.C. (3d) 147; *R.*

(1984), 10 C.C.C. (3d) 417; *R. v. Dombrowski* (1985), 18 C.C.C. (3d) 164; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 43 O.R. (2d) 731, 3 D.L.R. (4th) 541, 8 C.C.C. (3d) 193, 37 C.R. (3d) 162, allowing an appeal from a judgment of Trotter Co. Ct. J. convicting respondent of armed robbery and of use of a fire-arm while committing an indictable offence. Appeal dismissed.

Casey Hill, for the appellant.

Irwin Koziobrocki, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—This appeal raises once again the difficult question of the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this time in the context of the right to counsel in s. 10(b).

Facts

On October 26, 1982, there was a robbery at a Mac's Milk store in Toronto. According to the store owner and an employee, the robber was armed with a gun and a knife and he wore a grey sweat-shirt with a hood. The store owner and the employee could not positively identify the gun, the knife or the sweat-shirt found in the car driven by the respondent at the time of his arrest, except to say that the sweat-shirt was similar in colour. An eyewitness saw a man running from the store to a car, and he noted the licence number of the car. The car had been stolen a few hours previously.

On October 28, two days after the robbery, police officers MacIver and Train, acting on information received, attended at E & R Simonizing on

v. Anderson (1984), 10 C.C.C. (3d) 417; *R. v. Dombrowski* (1985), 18 C.C.C. (3d) 164; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88.

^a Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III.

^b

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 43 O.R. (2d) 731, 3 D.L.R. (4th) 541, 8 C.C.C. (3d) 193, 37 C.R. (3d) 162, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Trotter de la Cour de comté qui avait déclaré l'intimé coupable de vol à main armée et d'usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel. Pourvoi rejeté.

^d

Casey Hill, pour l'appelante.

Irwin Koziobrocki, pour l'intimé.

^e

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Cette affaire soulève à nouveau la difficile question de l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette fois dans le contexte du droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b).

Les faits

^g

Le 26 octobre 1982, un vol qualifié a été commis dans un magasin Mac's Milk à Toronto. D'après le propriétaire du magasin et un employé, le voleur était armé d'un pistolet et d'un couteau et il portait un sweat-shirt gris à capuchon. Le propriétaire et l'employé n'ont pu identifier formellement ni le pistolet ni le couteau ni le sweat-shirt trouvés dans la voiture que conduisait l'intimé au moment de son arrestation, sauf pour dire que le sweat-shirt était d'une couleur similaire. Un témoin oculaire a vu un homme s'enfuir du magasin vers une voiture dont il a noté le numéro de plaque. La voiture avait été volée quelques heures auparavant.

^j

Le 28 octobre, deux jours après le vol, les agents de police MacIver et Train, sur la foi de certains renseignements qu'on leur avait fournis, se présen-

Caledonia Road in Toronto at around 1:30 p.m. Both officers were in plain clothes. At approximately 2:33 p.m., the respondent drove up to the premises in a car which answered the description of the stolen car used in the armed robbery.

The respondent left the car and proceeded to the office premises where Train was waiting. MacIver, who had been waiting in the parking lot, investigated the car. He saw a gun butt protruding from under the driver's seat. He put the gun into his hip pocket, and he then followed the respondent into the office. When the respondent entered the office, Train greeted him with "Hi Ron". The respondent asked "Do I know you?" At that stage, both officers identified themselves as police officers and showed the respondent their badges. They searched and handcuffed the respondent.

At 2:40 p.m., Train arrested the respondent for theft and possession of the stolen car and for the armed robbery of the Mac's Milk store. He read him his rights from a card which was issued to all police officers when the *Charter* was proclaimed. The card from which the constable read stated as follows:

CHARTER OF RIGHTS

1. NOTICE UPON ARREST

I am arresting you for _____ (briefly describe reasons for arrest)

2. RIGHT TO COUNSEL

It is my duty to inform you that you have the right to retain and instruct counsel without delay.

Do you understand?

CAUTION TO CHARGED PERSON

You (are charged, will be charged) with _____ Do you wish to say anything in answer to the charge? You are not obliged to say anything unless you wish to do so, but whatever you say may be given in evidence.

tèrent chez E & R Simonizing, chemin Caledonia, à Toronto, vers 13 h 30. Les deux agents étaient habillés en civils. Vers 14 h 33, l'intimé arriva sur les lieux au volant d'une voiture répondant à la description de la voiture volée qui avait été utilisée pour commettre le vol à main armée.

L'intimé sortit de la voiture et se dirigea vers le bureau où l'agent Train l'attendait. L'agent MacIver, en faction sur le terrain de stationnement, procéda à un examen de la voiture. Il aperçut le canon d'un pistolet qui dépassait d'en-dessous du siège du conducteur. Ayant mis le pistolet dans sa poche arrière, il suivit l'intimé et entra dans le bureau. Lorsque l'intimé entra dans le bureau, l'agent Train lui dit [TRADUCTION] «Salut Ron». L'intimé demanda: [TRADUCTION] «Je vous connais?» À ce moment-là, les deux agents s'identifièrent en montrant à l'intimé leurs plaques de police. Ils ont alors fouillé l'intimé et lui ont mis les menottes.

À 14 h 40, l'agent Train arrêta l'intimé pour vol et possession de la voiture volée et pour vol à main armée perpétré au magasin Mac's Milk. Il lui a lu ses droits inscrits sur une carte remise à tous les agents de police après la proclamation d'entrée en vigueur de la *Charte*. Voici le texte que l'agent a lu:

[TRADUCTION]

CHARTRE DES DROITS

1. AU MOMENT DE L'ARRESTATION

Je vous arrête parce que _____ (donner brièvement le motif de l'arrestation)

2. DROIT DE FAIRE APPEL À UN AVOCAT

J'ai le devoir de vous informer que vous avez le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.

Est-ce que vous comprenez?

MISE EN GARDE

Vous (êtes accusé, serez accusé) de _____ Désirez-vous déclarer quelque chose en réponse à cette accusation? Vous n'êtes pas obligé de parler à moins que vous ne désiriez le faire, mais tout ce que vous direz peut être utilisé comme preuve.

SECONDARY CAUTION TO CHARGED
PERSON

If you have spoken to any police officer or to anyone with authority or if any such person has spoken to you in connection with this case, I want it clearly understood that I do not want it to influence you in making any statement. ^a

The respondent made a flippant remark at the reading of the caution and the right to counsel to the effect that "It sounds like an American T.V. program". Train re-read the whole card to the respondent and, at that time, the respondent said: ^b

Prove it. I ain't saying anything until I see my lawyer. I want to see my lawyer. ^c

MacIver then questioned the respondent as follows:

Q. What is your full name?

A. Ronald Charles Manninen.

Q. Where is your address?

A. Ain't got one.

Q. Where is the knife that you had along with this (showing the respondent the CO₂ gun found in the car) when you ripped off the Mac's Milk on Wilson Avenue? ^e

A. He's lying. When I was in the store I only had the gun. The knife was in the tool box in the car.

This last answer was relied on by the trial judge in convicting the respondent on the charge of armed robbery.

MacIver then returned to the car where he found two knives and the grey sweat-shirt. While MacIver was out of the room, Train asked the respondent the following questions: ^g

Q. What is your business here, Ron?

A. (No response.)

Q. Do you know someone that works here?

A. No. Why?

Q. Why did you come to this place?

A. (No response.)

MacIver returned to the office, showed the respondent the two knives he had found in the car and had the following conversation with the respondent: ^j

Q. What are these for?

MISE EN GARDE ACCESSOIRE

Si vous avez parlé à un agent de police ou à un responsable quelconque ou si une telle personne vous a parlé au sujet de cette affaire, je tiens à ce que vous compreniez clairement que cela ne doit pas vous inciter à faire une déclaration.

L'intimé a fait une remarque cavalière lorsqu'on lui a lu cette mise en garde et qu'on l'a informé de son droit à l'assistance d'un avocat: [TRADUCTION] «On dirait une émission américaine de télévision». L'agent Train a relu la carte en entier à l'intimé et, cette fois, l'intimé a dit:

[TRADUCTION] Prouvez-le. Je ne parlerai qu'en présence de mon avocat. Je veux voir mon avocat.

L'agent MacIver a alors posé les questions suivantes à l'intimé:

[TRADUCTION] Q. Quel est votre nom au complet? ^d

R. Ronald Charles Manninen.

Q. Quelle est votre adresse?

R. Je n'en ai pas.

Q. Où est le couteau que vous aviez avec ceci (montrant à l'intimé le pistolet au CO₂ trouvé dans la voiture) lorsque vous avez cambriolé le Mac's Milk de l'avenue Wilson? ^e

R. Il ment. Lorsque j'étais dans le magasin, je n'avais que le pistolet. Le couteau était dans le coffre à outils, dans la voiture. ^f

Le juge de première instance s'est fondé sur cette dernière réponse pour reconnaître l'intimé coupable de vol à main armée.

L'agent MacIver est alors retourné à la voiture où il a découvert deux couteaux et le sweat-shirt gris. Pendant que l'agent MacIver était sorti, l'agent Train a posé les questions suivantes à l'intimé:

[TRADUCTION] Q. Que viens-tu faire ici, Ron? ^h

R. (Pas de réponse.)

Q. Connais-tu quelqu'un qui travaille ici?

R. Non, pourquoi?

Q. Pourquoi es-tu venu ici? ⁱ

R. (Pas de réponse.)

L'agent MacIver est revenu au bureau, a montré à l'intimé les deux couteaux qu'il avait trouvés dans la voiture et a eu avec lui la conversation suivante:

[TRADUCTION] Q. C'est pourquoi ça?

A. What the fuck do you think they are for? Are you fucking stupid?

Q. You tell me what they are for, and is this yours? (showing the grey sweat-top)

A. Of course it's mine. You fuckers are really stupid. Don't bother me anymore. I'm not saying anything until I see my lawyer. Just fuck off. You fuckers have to prove it.

Train had gone out on MacIver's return to check the trunk of the car and he stated that he had not heard the respondent repeat that he was not saying anything until he saw his lawyer.

There was an operating telephone in the small office where the respondent was arrested and the police officers used it in the course of the afternoon. The respondent did not make a direct request to use the telephone and the police officers did not volunteer the use of the telephone to the respondent. The trial judge made the following finding:

I find the police had no desire to have him call a lawyer, and intended to call a lawyer back at the station when the arrest was completed.

The respondent did not speak to his lawyer until the lawyer called him at the police station at 8:35 p.m.

Judgments

County Court

At his trial, the respondent sought the exclusion of the statements under s. 24(2) of the *Charter* on the basis that his right to counsel under s. 10(b) had been infringed. Trotter Co. Ct. J. held a *voir dire* to determine the admissibility of the statements. He held that, even if the right to counsel had been infringed, the admission of the statements would not bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, he admitted the statements and he relied upon those statements in convicting the respondent of armed robbery and use of a fire-arm while committing an indictable offence.

R. Pourquoi penses-tu, espèce de con?

Q. Tu vas me dire à quoi ça sert. Et ça (montrant le sweat-shirt gris), c'est à toi?

^a R. Bien sûr que c'est à moi. Bande de cons, vous êtes vraiment stupides. Laissez-moi tranquille! Je ne dirai rien avant d'avoir vu mon avocat. Allez vous faire foutre. Prouvez-le bande de cons!

^b L'agent Train était sorti au retour de l'agent MacIver pour aller jeter un coup d'œil dans le coffre de la voiture, aussi a-t-il déclaré ne pas avoir entendu l'intimé répéter qu'il ne parlerait qu'en présence de son avocat.

^c Il y avait un téléphone dans le petit bureau où l'intimé a été arrêté et les agents de police s'en sont servi au cours de l'après-midi. L'intimé n'a pas formellement demandé à l'utiliser et les agents de police ne lui ont pas offert de l'utiliser. Le juge de première instance a conclu ce qui suit:

^e [TRADUCTION] Je constate que les policiers ne voulaient pas qu'il téléphone à un avocat et qu'ils avaient l'intention d'en appeler un à leur retour au poste, lorsque l'arrestation serait complétée.

^f L'intimé n'a pu parler à son avocat que lorsque ce dernier lui a téléphoné au poste de police, à 20 h 35.

Les jugements

^g *La Cour de comté*

À son procès, l'intimé a demandé que ces déclarations soient exclues, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif qu'il y avait eu violation du droit à l'assistance d'un avocat, que lui garantit l'al. 10b). Le juge Trotter de la Cour de comté a tenu un *voir-dire* pour juger de l'admissibilité des déclarations. Il a conclu que même si le droit à l'assistance d'un avocat avait été violé, l'utilisation des déclarations ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, il a admis les déclarations et s'est fondé sur celles-ci pour déclarer l'intimé coupable de vol à main armée et d'usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel.

Ontario Court of Appeal

In a unanimous judgment delivered by MacKinnon A.C.J.O., the Ontario Court of Appeal allowed the respondent's appeal, quashed the convictions and directed a new trial on those charges: (1983), 8 C.C.C. (3d) 193.

The Court first held that the conduct of the police officers had seriously infringed the respondent's rights under s. 10(b) of the *Charter*. The respondent clearly asserted his right to remain silent and his desire to consult his lawyer, but the police officer ignored that assertion and commenced questioning him. There was a telephone immediately at hand, and no urgency or emergency that would justify the failure to make it available to the respondent. The conduct of the police officers was such as to render the reading to the respondent of his *Charter* rights a mere ritual without significance or meaning.

The breach of the respondent's rights was described by the Court as wilful and deliberate. There was no quality of inadvertance or ignorance, and no suggestion of emergency or urgency. The disregard of the respondent's right to consult counsel had devastating consequences for him. The evidence should be excluded, even though the offence was a serious one and the respondent's guilt was clearly established by his answer.

The Court allowed the appeal and quashed the convictions. It ordered a new trial on the basis that there was some other evidence to support the convictions.

The Law

Section 24(2) of the *Charter* provides:

24. ...

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

As I indicated in my judgment in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 276, there are three

La Cour d'appel de l'Ontario

Dans un arrêt unanime, prononcé par le juge en chef adjoint MacKinnon, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel de l'intimé, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement à ces accusations: (1983), 8 C.C.C. (3d) 193.

La cour a d'abord jugé que le comportement des agents de police avait gravement porté atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'al. 10b) de la *Charte*. L'intimé avait nettement affirmé son droit de garder le silence et sa volonté de consulter son avocat, mais l'agent de police n'en a fait aucun cas et a commencé à l'interroger. Il y avait un téléphone à portée de la main et aucune urgence ne justifiait de ne pas laisser l'intimé s'en servir. En raison du comportement des agents de police, la lecture des droits garantis à l'intimé par la *Charte* ne devenait qu'un simple rituel dénué de tout sens.

La cour a qualifié de volontaire et délibérée la violation des droits de l'intimé. Il n'y a eu ni inadvertance ni ignorance et rien ne laissait entrevoir quelque urgence. La méconnaissance du droit de l'intimé de consulter un avocat a eu des conséquences dévastatrices pour celui-ci. Cette preuve devrait être exclue bien qu'il s'agisse d'une infraction grave et que la culpabilité de l'intimé soit clairement établie par sa réponse.

La cour a accueilli l'appel et annulé les déclarations de culpabilité. Elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif qu'il existait d'autres éléments de preuve à l'appui des déclarations de culpabilité.

Le droit

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* porte:

24. ...

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 276, trois conditions

prerequisites to the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter*:

- (1) that the applicant's rights or freedoms, as guaranteed by the *Charter*, have been infringed or denied,
- (2) that the evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by the *Charter*, and
- (3) that, having regard to all the circumstances, the admission of the evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

1. *Violation of the Right to Counsel*

Section 10(b) of the *Charter* provides:

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; . . .

It is not disputed that the respondent was informed of his right to retain and instruct counsel without delay. Further, the sufficiency of the communication is not challenged.

The respondent's comment on being informed of his right to counsel was:

Prove it. I ain't saying anything until I see my lawyer. I want to see my lawyer.

Since there could hardly be a clearer assertion of the desire to exercise the right to counsel, it is not necessary in this appeal to decide whether an arrested or detained person is required to positively assert his right to counsel before a correlative obligation is imposed on the police.

In my view, s. 10(b) imposes at least two duties on the police in addition to the duty to inform the detainee of his rights. First, the police must provide the detainee with a reasonable opportunity to exercise the right to retain and instruct counsel without delay. The detainee is in the control of the police and he cannot exercise his right to counsel unless the police provide him with a reasonable opportunity to do so. This aspect of the right to counsel was recognized in Canadian law well before the advent of the *Charter*. In *Brownridge v.*

doivent être remplies pour que des éléments de preuve soient écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*:

- (1) il doit y avoir eu violation ou négation des droits ou libertés que la *Charte* garantit au requérant,
- (2) les éléments de preuve doivent avoir été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte*, et
- (3) eu égard aux circonstances, l'utilisation de ces éléments de preuve doit être susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

1. *La violation du droit à l'assistance d'un avocat*

L'alinéa 10b) de la *Charte* porte:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit; . . .

Il n'est pas contesté que l'intimé a été informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. De plus, on ne conteste pas qu'il a été suffisamment informé de ce droit.

Voici ce qu'a répondu l'intimé après avoir été informé de son droit à l'assistance d'un avocat:

[TRADUCTION] Prouvez-le. Je ne parlerai qu'en présence de mon avocat. Je veux voir mon avocat.

Étant donné qu'il peut difficilement y avoir affirmation plus claire de la volonté d'exercer son droit de recourir à un avocat, il n'est pas nécessaire en l'espèce de décider si une personne arrêtée ou détenue doit formellement revendiquer son droit à l'assistance d'un avocat pour qu'une obligation correspondante ou correlative soit imposée à la police.

À mon avis, l'al. 10b) impose au moins deux obligations aux policiers, en plus de celle d'informer le détenu de ses droits. D'abord, le policier doit donner au détenu une possibilité raisonnable d'exercer son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Le détenu est sous le contrôle de la police et il ne peut exercer son droit de recourir à un avocat que si elle lui donne une possibilité raisonnable de le faire. Cet aspect du droit à l'assistance d'un avocat a été reconnu en droit canadien bien avant l'avènement de la

The Queen, [1972] S.C.R. 926, a case decided under the *Canadian Bill of Rights*, Laskin J., as he then was, wrote at pp. 952-53:

The right to retain and instruct counsel without delay can only have meaning to an arrested or detained person if it is taken as raising a correlative obligation upon the police authorities to facilitate contact with counsel. This means allowing him upon his request to use the telephone for that purpose if one is available.

The duty to facilitate contact with counsel has been consistently acknowledged under s. 10(b) of the *Charter* by the lower courts: *R. v. Nelson* (1982), 3 C.C.C. (3d) 147 (Man. Q.B.); *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.); *R. v. Dombrowski* (1985), 18 C.C.C. (3d) 164 (Sask. C.A.), and the Ontario Court of Appeal in this case. In *Dombrowski*, the Court held that, where a telephone is available at an earlier occasion, there is no justification for delaying the opportunity to contact counsel until arrival at the police station.

In my view, this aspect of the right to counsel was clearly infringed in this case. The respondent clearly asserted his right to remain silent and his desire to consult his lawyer. There was a telephone immediately at hand in the office, which the officers used for their own purposes. It was not necessary for the respondent to make an express request to use the telephone. The duty to facilitate contact with counsel included the duty to offer the respondent the use of the telephone. Of course, there may be circumstances in which it is particularly urgent that the police continue with an investigation before it is possible to facilitate a detainee's communication with counsel. There was no urgency in the circumstances surrounding the offences in this case.

Further, s. 10(b) imposes on the police the duty to cease questioning or otherwise attempting to elicit evidence from the detainee until he has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. The purpose of the right to counsel is to allow the detainee not only to be informed of his rights and obligations under the law but, equally if not

Charte. Dans l'arrêt *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926, fondé sur la *Déclaration canadienne des droits*, le juge Laskin, alors juge puîné, écrit à la p. 953:

^a Le droit de retenir et constituer un avocat sans délai ne peut servir à une personne arrêtée ou détenue que si l'on considère qu'il entraîne de la part des autorités policières l'obligation corrélatrice de faciliter le recours à l'avocat. Cela veut dire qu'à la demande de cette personne, on doit lui permettre d'utiliser le téléphone à cette fin s'il en est un de disponible.

Les tribunaux d'instance inférieure ont constamment reconnu l'obligation de faciliter le recours à un avocat en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*: *R. v. Nelson* (1982), 3 C.C.C. (3d) 147 (B.R. Man.), *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.), *R. v. Dombrowski* (1985), 18 C.C.C. (3d) 164 (C.A. Sask.), et la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce. Dans l'arrêt *Dombrowski*, la cour a jugé que lorsqu'un téléphone est disponible avant même l'arrivée au poste de police, rien ne justifie de retarder la possibilité d'entrer en communication avec un avocat jusqu'à l'arrivée au poste.

À mon avis, cet aspect du droit à l'assistance d'un avocat a manifestement été enfreint en l'espèce. L'intimé a clairement affirmé son droit de garder le silence et sa volonté de consulter son avocat. Il y avait, à portée de la main dans le bureau, un téléphone dont se sont servis les agents pour leurs propres fins. Il n'était pas nécessaire que l'intimé demande expressément à se servir du téléphone. L'obligation de faciliter le recours à un avocat incluait l'obligation d'offrir à l'intimé de se servir du téléphone. Il peut évidemment y avoir des circonstances où il est particulièrement urgent que la police poursuive une enquête avant qu'il lui soit possible de faciliter l'entrée en communication d'un détenu avec un avocat. Il n'y avait aucune urgence dans les circonstances ayant entouré les infractions en l'espèce.

ⁱ De plus, l'al. 10b) impose aux policiers l'obligation de cesser d'interroger ou de tenter autrement de soutirer des éléments de preuve du détenu tant qu'il ne se sera pas vu offrir une possibilité raisonnable de recourir à l'assistance d'un avocat. Le droit à l'assistance d'un avocat a pour objet de permettre à la personne détenue non seulement

more important, to obtain advice as to how to exercise those rights. In this case, the police officers correctly informed the respondent of his right to remain silent and the main function of counsel would be to confirm the existence of that right and then to advise him as to how to exercise it. For the right to counsel to be effective, the detainee must have access to this advice before he is questioned or otherwise required to provide evidence. I discussed the duty imposed on the police in the context of a breathalyzer demand in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 624:

I do not want to be taken here as giving an exhaustive definition of the s. 10(b) rights and will limit my comments in that respect to what is strictly required for the disposition of this case. In my view, s. 10(b) requires at least that the authorities inform the detainee of his rights, not prevent him in any way from exercising them and, where a detainee is required to provide evidence which may be incriminating and refusal to comply is punishable as a criminal offence, as is the case under s. 235 of the *Code*, s. 10(b) also imposes a duty not to call upon the detainee to provide that evidence without first informing him of his s. 10(b) rights and providing him with a reasonable opportunity and time to retain and instruct counsel. [Emphasis added.]

This passage was cited by Wilson J. in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 394, in the context of confessions, and I agree that this duty is equally applicable in that context. The Ontario Court of Appeal came to the same conclusion in *Anderson, supra*, and in *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88, at p. 97:

If the suspect states that he wishes to retain counsel all questioning must cease until he has been afforded the opportunity of consulting counsel

This aspect of the respondent's right to counsel was clearly infringed in the circumstances of this case. Immediately after the respondent's clear assertion of his right to remain silent and his desire to consult his lawyer, the police officer commenced

d'être informée de ses droits et de ses obligations en vertu de la loi, mais également, voire qui plus est, d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits. En l'espèce, les agents de police ont informé correctement l'intimé de son droit de garder le silence et la principale fonction de l'avocat était de confirmer l'existence de ce droit, puis de le conseiller sur la façon de l'exercer. Pour que le droit à l'assistance d'un avocat soit efficace, le détenu doit pouvoir obtenir ces conseils avant d'être interrogé ou requis autrement de fournir des éléments de preuve. J'ai analysé l'obligation qui est imposée à la police dans le cadre d'une demande d'alcootest dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 624:

Je ne donnerai pas ici une définition exhaustive des droits garantis par l'al. 10b) et je limiterai mes observations à cet égard à ce qui est strictement nécessaire à la décision en l'espèce. Selon moi, l'al. 10b) exige au moins que les autorités informent le détenu de ses droits et qu'elles ne l'empêchent aucunement de les exercer; de plus, lorsqu'on demande à un détenu de fournir un élément de preuve susceptible de l'incriminer et que le refus d'obtempérer à cette demande est punissable comme acte criminel, comme c'est le cas en vertu de l'art. 235 du *Code*, l'al. 10b) impose aussi l'obligation de ne pas sommer le détenu de fournir cet élément de preuve sans l'avoir préalablement informé des droits que lui garantit l'al. 10b) et lui avoir donné une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, y compris un délai raisonnable pour ce faire. [C'est moi qui souligne.]

Le juge Wilson cite ce passage dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, à la p. 394, en parlant des confessions, et je reconnais que cette obligation est également applicable dans ce contexte. La Cour d'appel de l'Ontario est arrivée à la même conclusion dans les arrêts *Anderson*, précité, et *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88, à la p. 97:

[TRADUCTION] Si le suspect déclare qu'il veut retenir les services d'un avocat, tout interrogatoire doit cesser jusqu'à ce qu'il ait eu la possibilité de consulter un avocat . . .

Il y a manifestement eu violation, dans les circonstances de l'espèce, de cet aspect du droit de l'intimé d'avoir recours à un avocat. Immédiatement après que l'intimé eut clairement affirmé son droit de garder le silence et sa volonté de consulter

his questioning as if the respondent had expressed no such desire. Again, there may be circumstances in which it is particularly urgent that the police proceed with their questioning of the detainee before providing him with a reasonable opportunity to retain and instruct counsel, but there was no such urgency in this case.

The Crown contends that there was no infringement of the right to counsel because the respondent had waived his right by answering the police officer's questions. While a person may implicitly waive his rights under s. 10(b), the standard will be very high (*Clarkson, supra*, at pp. 394-95). In my view, the respondent's conduct did not constitute an implied waiver of his right to counsel. It seems that he did not intend to waive his right, as he clearly asserted it at the beginning and at the end of the questioning. Rather, the form of the questioning was such as to elicit involuntary answers. The police officer asked two innocuous questions followed by a baiting question which led the respondent to incriminate himself. In addition, where a detainee has positively asserted his desire to exercise his right to counsel and the police have ignored his request and have proceeded to question him, he is likely to feel that his right has no effect and that he must answer. Finally, the respondent had the right not to be asked questions, and he must not be held to have implicitly waived that right simply because he answered the questions. Otherwise, the right not to be asked questions would only exist where the detainee refused to answer and, thus, where there is no need for any remedy or exclusionary rule.

For these reasons, I would conclude that the respondent's rights under s. 10(b) were infringed.

2. Relationship Between the Violation and the Evidence

Section 24(2) requires that the evidence must have been "obtained in a manner that infringed" the *Charter*. There must thus be some relationship

son avocat, l'agent de police a commencé à l'interroger tout comme si l'intimé n'avait rien dit. Ici encore, il peut y avoir des circonstances où il est particulièrement urgent que les policiers poursuivent leur interrogatoire du détenu avant de lui donner une possibilité raisonnable de recourir à l'assistance d'un avocat, mais il n'y avait aucune urgence de cette nature en l'espèce.

Le ministère public fait valoir qu'il n'y a pas eu violation du droit à l'assistance d'un avocat, parce que l'intimé avait renoncé à son droit en répondant aux questions de l'agent de police. S'il est vrai qu'on peut implicitement renoncer aux droits conférés par l'al. 10b), la norme pour ce faire est très exigeante (arrêt *Clarkson*, précité, aux pp. 394 et 395). À mon avis, le comportement de l'intimé ne constituait pas une renonciation tacite à son droit à l'assistance d'un avocat. Il semble qu'il n'avait aucunement l'intention de renoncer à ce droit, puisqu'il l'a clairement revendiqué au début comme à la fin de l'interrogatoire. Plutôt, le genre d'interrogatoire mené était de nature à soutirer des réponses involontaires. L'agent de police a posé deux questions parfaitement anodines suivies d'une question piège qui a conduit l'intimé à s'incriminer. En outre, lorsqu'un détenu a formellement exprimé sa volonté d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat et que les policiers ont ignoré sa demande pour commencer à l'interroger, il est bien possible qu'il ait cru que son droit n'avait aucun effet et qu'il devait répondre. Enfin, l'intimé avait le droit de ne pas être interrogé et on ne doit pas considérer qu'il a renoncé tacitement à ce droit simplement parce qu'il a répondu aux questions. Autrement, le droit de ne pas être interrogé n'existerait que lorsque le détenu refuse de répondre et, ainsi, lorsqu'il n'y a pas lieu d'accorder une réparation ni de faire jouer la règle d'exclusion.

Pour ces motifs, je suis d'avis de conclure qu'il y a eu violation des droits que l'al. 10b) confère à l'intimé.

2. Le lien entre la violation et les éléments de preuve

Le paragraphe 24(2) requiert que les éléments de preuve aient été «obtenus dans des conditions qui portent atteinte» à la *Charte*. Il doit donc y

or connection between the violation and the evidence. In my view, a sufficient relationship or connection is obviously made out where, as in this case, the evidence was obtained as a direct consequence of the violation of the *Charter* (*Therens, supra*, at pp. 621-22 *per* Estey J., at p. 624 *per* Lamer J. and at p. 649 *per* Le Dain J.) It is not necessary to define with any greater precision the nature of the relationship or connection required.

3. *Bringing the Administration of Justice into Disrepute*

The final requirement for the exclusion of the evidence is that the admission of the evidence in the proceedings must bring the administration of justice into disrepute. The Court discussed the nature of that inquiry, the guidelines to be followed and the factors to be considered in its recent decision in *R. v. Collins, supra*, and I need only apply that discussion to the facts of this case.

The first point that must be made is that the violation of the respondent's right to counsel was very serious. The respondent clearly asserted his right to remain silent and to consult his lawyer. There was a telephone at hand. There was no urgency which would justify the immediate questioning or the denial of the opportunity to contact his lawyer. In effect, the police officers simply ignored the rights they had read to him and his assertion of the right to silence and the right to counsel. The Ontario Court of Appeal characterized this violation as "wilful and deliberate" and as an "open and flagrant disregard of the [respondent's] rights", and I fully agree.

Further, the evidence obtained was self-incriminatory. As I stated in *Collins, supra*, the use of self-incriminatory evidence obtained following a denial of the right to counsel will generally go to the very fairness of the trial and thus will generally bring the administration of justice into disrepute.

avoir un rapport ou un lien entre la violation et les éléments de preuve. À mon avis, il est évident qu'un rapport ou un lien suffisant est établi lorsque, comme en l'espèce, l'obtention des éléments de preuve découle directement de la violation de la *Charte* (arrêt *Therens*, précité, le juge Estey aux pp. 621 et 622, le juge Lamer à la p. 624, et le juge Le Dain, à la p. 649.) Il n'est pas nécessaire de définir avec plus de précision la nature du rapport ou du lien requis.

3. *Déconsidération de l'administration de la justice*

La dernière condition à remplir pour exclure les éléments de preuve est que leur utilisation soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La Cour a traité de la nature de cet examen, des principes directeurs à suivre et des facteurs dont il faut tenir compte dans l'arrêt récent *R. c. Collins*, précité, aussi n'ai-je qu'à appliquer cette analyse aux faits en cause dans la présente affaire.

Il faut d'abord dire que la violation du droit de l'intimé à l'assistance d'un avocat était très grave. L'intimé avait clairement revendiqué son droit de garder le silence et de consulter son avocat. Il y avait un téléphone à portée de la main. Il n'y avait aucune urgence qui aurait justifié l'interrogatoire immédiat ou le refus de donner la possibilité de communiquer avec son avocat. En fait, les agents de police n'ont tout simplement pas tenu compte des droits dont ils venaient de lui faire lecture et de sa revendication du droit de garder le silence et de recourir à un avocat. La Cour d'appel de l'Ontario a qualifié cette violation de [TRADUCTION] «volontaire et délibérée» et de [TRADUCTION] «méconnaissance manifeste et flagrante des droits de [l'intimé]», et je partage entièrement cet avis.

En outre, les éléments de preuve obtenus ont un effet auto-incriminant. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Collins*, précité, l'utilisation d'éléments de preuve qui ont un effet auto-incriminant et qui ont été obtenus après avoir refusé d'accorder le droit de recourir à un avocat, influe généralement sur l'équité même du procès et est donc généralement susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

It is true that the offence was a serious one and that the respondent's guilt is clearly established by the statement sought to be excluded, but that cannot justify the admission of the evidence in light of the seriousness of the violation and the effect of the evidence on the fairness of the trial.

Conclusion

I agree with the Ontario Court of Appeal that the evidence should have been excluded and, for the reasons given by the Court of Appeal, I agree that a new trial should be ordered on the charges of armed robbery and use of a fire-arm while committing an indictable offence.

I would accordingly dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent: William S. Hechter, Toronto.

Il est vrai qu'il s'agissait d'une infraction grave et que la culpabilité de l'intimé est clairement établie par la déclaration qu'on demande d'exclure, mais cela ne saurait justifier l'admission des éléments de preuve, compte tenu de la gravité de la violation et de l'effet des éléments de preuve sur l'équité du procès.

Conclusion

Je suis d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario pour dire que les éléments de preuve doivent être exclus et, pour les motifs donnés par la Cour d'appel, je conviens qu'on devrait ordonner la tenue d'un nouveau procès portant sur les accusations de vol à main armée et d'usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé: William S. Hechter, Toronto.

Century Insurance Company of Canada
Appellant

v.

N.V. Bocimar S.A. *Respondent*

INDEXED AS: N.V. BOCIMAR S.A. v. CENTURY
INSURANCE CO. OF CANADA

File No.: 18972.

1987: April 9, 10; 1987: June 25.

Present: Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain and
La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Courts — Appellate review — Facts — Court of Appeal interfering with findings of fact of trial judge — Documentary evidence and expert testimony — Court of Appeal rejecting expert testimony on basis of difference of view as to some of facts on which expert testimony based — Whether Court of Appeal erred.

This appeal was from a judgment of the Federal Court of Appeal allowing an appeal from a judgment of the Trial Division, which dismissed the action of the respondent ship-owner against the appellant insurer for general average contribution by the cargo owners in respect of expenses as a result of a fire at sea on the ground that the ship-owner had not exercised due diligence to make the ship seaworthy. The Court of Appeal took the position, because of the nature of the evidence, which consisted of expert testimony and documentary evidence, that it was "almost in the position of conducting the trial *de novo* and making [its] own assessment of the evidence." At issue here was whether or not the Court of Appeal erred in interfering with findings of fact of the trial judge.

Held (Lamer J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Beetz, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.: The limits to the scope of appellate review of the findings of fact by a trial court also apply to the review of the findings of a trial court based on expert testimony. The Court of Appeal appears to have taken the position that it could assess the weight of the evidence in support of the facts on which the expert witnesses expressed an opinion because the evidence of those facts was before

Century Insurance Company of Canada
Appelante

c.

^a **N.V. Bocimar S.A.** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: N.V. BOCIMAR S.A. c. CENTURY
INSURANCE CO. OF CANADA

^b N° du greffe: 18972.

1987: 9, 10 avril; 1987: 25 juin.

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain et
La Forest.

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Contrôle en appel — Faits — Modification par la Cour d'appel des conclusions de fait du tribunal de première instance — Preuve documentaire et témoignages d'experts — Rejet par la Cour d'appel des témoignages d'experts vu l'analyse différente de certains faits sur lesquels les témoignages d'experts étaient fondés — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur?

^e Ce pourvoi vise un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a accueilli l'appel formé contre un jugement de la Division de première instance, lequel rejetait l'action que l'armateur-intimé avait intentée contre l'assureur-appellant, concluant à la contribution des propriétaires de la cargaison aux avaries communes, soit les dépenses engagées à la suite d'un incendie qui s'était déclaré en mer, parce que l'armateur n'aurait pas fait preuve de la diligence nécessaire pour assurer la navigabilité du navire. La Cour d'appel a estimé que, à cause de la nature de la preuve, constituée de témoignages d'experts et de preuves documentaires, elle était «presque en position de procéder à un procès *de novo* et de faire [sa] propre analyse des preuves administrées.» La question en litige en l'espèce est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en modifiant les conclusions de fait du juge de première instance.

Arrêt (le juge Lamer est dissident): Le pourvoi est accueilli.

^f *Les juges* Beetz, Wilson, Le Dain et La Forest: Les limites de la portée du contrôle en appel des conclusions de fait d'un tribunal de première instance, s'appliquent aussi au contrôle des conclusions d'un tribunal de première instance fondées sur des témoignages d'experts. La Cour d'appel semble avoir estimé qu'elle pouvait évaluer le poids de la preuve à l'appui des faits sur lesquels les experts s'étaient prononcés parce que la

the trial court in a documentary form. The findings of the trial judge were similar to the assumed facts and the opinions in the affidavits of the expert witnesses. In coming to a different conclusion, on a balance of probabilities, from that of the trial judge with respect to some of those facts, the Court of Appeal in effect rejected the expert testimony which was based in part on those facts. It erred in doing so for it had not heard the expert witnesses and was not in a position to determine what their testimony would have been had the factual basis for their testimony been qualified to the extent it considered necessary.

Per Lamer J. (dissenting): It has been established that the finding of a court of appeal would be open to review by this Court if this Court were of the opinion that the Court of Appeal was either wrong in assuming a fact finding function or, if not wrong in that regard, clearly wrong as regards the findings they then made. The requirements of this rule were not met here. The judge on appeal was not clearly wrong when he set out his reasons for interfering with the trial judge's findings indicating what evidence, in his opinion, the trial judge either failed to consider or misapprehended in making his findings of fact. The substituted findings of fact were not clearly wrong.

The appeal should be allowed, but for the sole purpose of remitting matters to the Court of Appeal to permit the adduction of expert evidence on the facts as found.

Cases Cited

By Le Dain J.

Applied: *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Joyce v. Yeomans*, [1981] 2 All E.R. 21.

By Lamer J. (dissenting)

Dorval v. Bouvier, [1968] S.C.R. 288; *Demers v. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 S.C.R. 537; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1984), 53 N.R. 383, allowing an appeal from a judgment of Addy J. Appeal allowed, Lamer J. dissenting.

preuve de ces faits soumise au tribunal de première instance étaient des pièces documentaires. Les conclusions du juge de première instance sont analogues aux faits présumés et aux opinions exprimées par les experts dans leurs affidavits. En arrivant à une conclusion différente, selon la prépondérance des probabilités, de celle du juge de première instance dans le cas de certains de ces faits, la Cour d'appel a en fait rejeté le témoignage des experts basé en partie sur ces faits. Ce faisant, elle a commis une erreur car elle l'a fait sans avoir entendu les experts et sans être en mesure de dire ce qu'aurait été leur témoignage si le fondement factuel de celui-ci avait été modifié dans la mesure jugée par elle nécessaire.

Le juge Lamer (dissident): Il a été décidé que notre Cour pourrait réexaminer les conclusions d'une cour d'appel si elle était d'avis que, ou bien la Cour d'appel eu tort d'assumer une fonction d'appréciation des faits, ou bien, si elle n'a pas eu tort à cet égard, elle a manifestement eu tort dans les conclusions qu'elle-même a faites. Les exigences de cette règle ne sont pas remplies en l'espèce. Il n'est pas clair que le juge en appel a eu tort quand il a exposé pourquoi il modifiait les conclusions du juge de première instance indiquant quelles preuves, à son avis, ce dernier juge aurait soit omis de prendre en considération, soit mal appréciées dans ses conclusions de fait. Les nouvelles conclusions de fait ne sont manifestement pas mal fondées.

Le pourvoi doit être accueilli, mais dans le seul but de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel afin qu'elle autorise la production de témoignages d'experts sur les faits établis.

Jurisprudence

Citée par le juge Le Dain

Arrêts appliqués: *Stein c. Le Navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Joyce v. Yeomans*, [1981] 2 All E.R. 21.

Citée par le juge Lamer (dissident)

Dorval v. Bouvier, [1968] R.C.S. 288; *Demers v. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 R.C.S. 537; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1984), 53 N.R. 383, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Addy. Pourvoi accueilli, le juge Lamer est dissident.

George R. Strathy and Kristine A. Connidis, for the appellant.

Vincent Prager and Laurent Fortier, for the respondent.

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

LE DAIN J.—This appeal is from a judgment of the Federal Court of Appeal allowing an appeal from a judgment of the Trial Division, which dismissed the action of the respondent ship-owner against the appellant insurer for general average contribution by the cargo owners in respect of expenses incurred as a result of a fire at sea, on the ground that the ship-owner had not exercised due diligence to make the ship seaworthy. The judgment of the Court of Appeal, in which the facts and the issues are fully set out and need not be repeated here, is reported at (1984), 53 N.R. 383. The Court of Appeal awarded the respondent the sum of \$1,161,230.80, based on the conversion rate for Belgian francs on the date of the alleged breach. There are two grounds of appeal: (a) that the Court of Appeal erred in interfering with findings of fact of the trial judge; and (b) if not, the Court should not have applied the breach-date rule for conversion but rather one which would have reflected the decline in the value of the Belgian franc in relation to the Canadian dollar between the date of breach and the date of judgment.

With great respect, I am of the opinion that the appeal should be allowed on the first ground. The Court of Appeal took the position that because of the nature of the evidence in this case, which consisted of expert testimony and documentary evidence, the Court, to use its own words, was “almost in the position of conducting the trial *de novo* and making our own assessment of the evidence.” I cannot agree. The limits to the scope of appellate review of the findings of fact by a trial court, which were affirmed by this Court in *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802, and other decisions, also apply in my opinion to the review of the findings of a trial court based on

George R. Strathy et Kristine A. Connidis, pour l’appelante.

Vincent Prager et Laurent Fortier, pour l’intimée.

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

LE JUGE LE DAIN—Ce pourvoi vise un arrêt de la Cour d’appel fédérale qui a accueilli l’appel formé contre un jugement de la Division de première instance, lequel rejetait l’action que l’armateur-intimé avait intentée contre l’assureur-appellant, concluant à la contribution des propriétaires de la cargaison aux avaries communes, soit les dépenses engagées à la suite d’un incendie qui s’était déclaré en mer, parce que l’armateur n’aurait pas fait preuve de la diligence nécessaire pour assurer la navigabilité du navire. Comme l’arrêt de la Cour d’appel, qui expose tous les faits et les points litigieux en cause est publié à (1984), 53 N.R. 383, il n’est donc pas nécessaire de les répéter. La Cour d’appel a accordé à l’intimé la somme de 1 161 230,80 \$ en se fondant sur le taux de change du franc belge à la date de la faute alléguée. Le pourvoi est fondé sur deux moyens: a) la Cour d’appel a eu tort de modifier les conclusions de fait du juge de première instance et b) dans le cas contraire, celle-ci n’aurait pas dû appliquer la règle de la date de la faute pour la conversion, mais plutôt une règle qui aurait reflété la baisse de valeur du franc belge, par rapport au dollar canadien, entre le moment de la faute et celui du jugement.

Avec les plus grands égards, je suis d’avis que le pourvoi devrait être accueilli sur le premier moyen. La Cour d’appel a estimé que, à cause de la nature de la preuve en l’espèce, constituée de témoignages d’experts et de preuves documentaires, elle, pour reprendre ses propres termes, était «presque en position de procéder à un procès *de novo* et de faire [sa] propre analyse des preuves administrées.» Je ne saurais être d’accord. Les limites de la portée du contrôle en appel des conclusions de fait d’un tribunal de première instance, qui ont été confirmées par cette Cour dans l’arrêt *Stein c. Le Navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, ainsi que par d’autres décisions, s’appliquent aussi, à mon

expert testimony, as indicated in *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; and *Joyce v. Yeomans*, [1981] 2 All E.R. 21 (C.A.)

The Court of Appeal appears to have taken the position that it could assess the weight of the evidence in support of the facts on which the expert witnesses expressed an opinion because the evidence of those facts was before the trial court in a documentary form. The findings of the trial judge were similar to the assumed facts and the opinions in the affidavits of the expert witnesses. In coming to a different conclusion, on a balance of probabilities, from that of the trial judge with respect to some of those facts, the Court of Appeal in effect rejected the expert testimony which was based in part on those facts. It did so without having heard the expert witnesses and without being in a position to determine what their testimony would have been had the factual basis for their testimony been qualified to the extent considered necessary by the Court of Appeal. In doing so, the Court of Appeal, in my respectful opinion, erred.

For these reasons I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and restore the judgment of the Trial Division, with costs in this Court and in the Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

LAMER J. (dissenting)—Appellant's complaint is that the Federal Court of Appeal could not, on the facts of this case, substitute its own findings of fact for some of those made by the trial judge. If *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288, is still good law, and I think it is, we should as a second appellate court bear in mind the rule we laid down long ago in *Demers v. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 S.C.R. 537 and reiterated in *Dorval, supra*, at p. 294, that:

avis, au contrôle des conclusions d'un tribunal de première instance fondées sur des témoignages d'experts, comme l'indiquent les arrêts *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, et *Joyce v. Yeomans*, [1981] 2 All E.R. 21 (C.A.)

La Cour d'appel paraît avoir estimé qu'elle pouvait apprécier elle-même les éléments de preuve offerts à l'appui des faits sur lesquels les experts avaient, dans leurs témoignages, exprimé une opinion, parce que les éléments de preuve concernant les faits dont le tribunal de première instance avait été saisi étaient des pièces documentaires. Les conclusions du juge de première instance sont analogues aux faits présumés et aux opinions exprimées par les experts dans leurs affidavits. En arrivant à une conclusion différente, selon la prépondérance des probabilités, de celle du juge de première instance dans le cas de certains de ces faits, la Cour d'appel a en fait rejeté le témoignage des experts basé en partie sur ces faits. Elle l'a fait sans avoir entendu les experts et sans être en mesure de dire ce qu'aurait été leur témoignage si le fondement factuel de celui-ci avait été modifié dans la mesure jugée par elle nécessaire. Ce faisant, la Cour d'appel a, à mon avis, commis une erreur.

Par ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir le jugement de première instance, avec dépens en cette Cour et en Cour d'appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER (dissident)—L'appelante prétend que la Cour d'appel fédérale ne pouvait pas, vu les faits en cause, substituer ses propres conclusions de fait à celles du juge de première instance. Si l'arrêt *Dorval v. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288, fait toujours loi, et je pense que c'est le cas, nous devrions, en tant que juridiction d'appel de second degré, garder à l'esprit la règle énoncée il y a longtemps dans l'arrêt *Demers v. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 R.C.S. 537 et réitéré dans l'arrêt *Dorval*, précité, à la p. 294:

... it is settled law upon which we have often acted here, that where a judgment upon facts has been rendered by a court of first instance, and a first court of appeal has reversed that judgment, a second court of appeal should interfere with the judgment of the first appeal, only if clearly satisfied that it is erroneous; *Symington v. Symington* L.R. 2 H.L. Sc. 415.

Giving meaning to "erroneous", Fauteux J. (as he then was) said that the finding of a court of appeal would be open to review by this Court if this Court were of the opinion that the Court of Appeal was either wrong in assuming a fact finding function or, if not wrong in that regard, clearly wrong as regards the findings they then made. The rule as regards the criterion of intervention by a Court of Appeal in facts found below where credibility of witnesses is not involved was stated in its most modern form in *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, at pp. 84-85, where Laskin C.J. said:

It would, of course, be open to an appellate court, where credibility of a witness was not in issue, to review findings of fact by a trial judge if they were based on a failure to consider relevant evidence or on a misapprehension of the evidence. An appeal, however, is not a complete rehearing. A majority of this Court held in *Métivier v. Cadorette*, at p. 382, that it was wrong for an appellate court to set aside a trial judgment where the only point at issue was the interpretation of the evidence as a whole. *Powell v. Streatham Manor Nursing Home* was relied on in the *Métivier* case (as it was in *Prudential Insurance Co. Ltd. v. Forseth*) as emphasizing the advantages of a trial judge, who sees and hears the witnesses, in coming to a conclusion on the acceptability of evidence and on the findings to which the accepted evidence leads. However clear cut the principles may be, governing the right of an appellate court to interfere with the findings of fact by a trial judge, their application may involve a difference of opinion as to whether interference is warranted in a particular case: see *Hood v. Hood*.

In this case Hugessen J., in appeal, set out in his judgment his reasons for interfering with the trial judge's findings indicating what evidence, in his

[TRADUCTION] ... c'est un principe juridique établi sur lequel nous nous sommes souvent fondés en cette Cour que lorsqu'une cour de première instance a rendu jugement sur des faits et qu'une cour d'appel a infirmé ce jugement, la seconde cour d'appel ne devrait modifier le jugement rendu dans le premier appel que si elle est absolument convaincue que ce jugement est erroné; *Symington v. Symington* L.R. 2 H.L. Sc. 415.

Interprétant le terme «erroné», le juge Fauteux (alors juge puîné) dit que notre Cour pourrait réexaminer les conclusions d'une cour d'appel si elle était d'avis que, ou bien la Cour d'appel a eu tort d'assumer une fonction d'appréciation des faits, ou bien, si elle n'a pas eu tort à cet égard, elle a manifestement eu tort dans les conclusions qu'elle-même a faites. La règle relative au critère d'ingérence d'une cour d'appel dans les conclusions de fait d'un tribunal d'instance inférieure, lorsque la crédibilité des témoins n'est pas en cause, a été énoncée dans sa forme la plus contemporaine par l'arrêt *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, aux pp. 84 et 85, par le juge en chef Laskin:

Il va de soi que lorsque la crédibilité d'un témoin n'est pas en cause, une cour d'appel peut réviser les conclusions de fait d'un juge de première instance si ce dernier a omis d'étudier un élément de preuve pertinent ou a mal compris la preuve. Un appel, toutefois, n'est pas une nouvelle audition complète. Cette Cour à la majorité a conclu dans *Métivier c. Cadorette*, à la p. 382, qu'une cour d'appel ne peut à bon droit infirmer une décision de première instance lorsque la seule question en litige porte sur l'interprétation de l'ensemble de la preuve. Dans cette affaire-là, on s'est appuyé sur l'arrêt *Powell v. Streatham Manor Nursing Home* (comme on l'avait fait dans l'arrêt *Prudential Insurance Co. Ltd. c. Forseth*) en tant qu'illustration des avantages dont bénéficie un juge de première instance, qui voit et entend les témoins, pour se prononcer sur la recevabilité des témoignages et sur les conclusions vers lesquelles tendent les témoignages acceptés. Aussi clairs que soient les principes qui régissent le droit qu'a une cour d'appel d'intervenir dans les conclusions de fait d'un juge de première instance, leur application peut donner lieu à des divergences d'opinion sur la question de savoir si cette intervention est justifiée dans un cas particulier: voir *Hood c. Hood*.

En l'espèce, le juge Hugessen, en appel, expose dans son jugement pourquoi il modifie les conclusions du juge de première instance, indiquant quel-

opinion, the trial judge either failed to consider or misapprehended in making his findings of fact. Upon a reading of both judgments and of the evidence, I cannot say that he clearly was wrong. As regards the findings he substituted for those of the trial judge, while I might not have necessarily made the same, possibly even preferring those of Addy J., I am, however, unable to say that Hugessen J.'s findings of fact are clearly wrong. This being so, I cannot bring myself within the rule laid down in *Bouvier, supra*. The appellant's first ground of appeal should therefore fail. I should however add, with respect, that the Federal Court of Appeal's disposition of the appeal might operate unfairly. Having changed the factual underpinnings upon which the experts gave their opinions, the Court was quite right to set aside those opinions. But in so doing, they should have afforded the parties, especially the party who called those witnesses, an opportunity to adduce expert evidence based on the facts as found. While a party who has the carriage of a case should not, under normal circumstances, have the opportunity to retry part of the case because of a reversal of a finding of fact, the situation is somewhat different with respect to expert evidence based on a given state of facts. I would therefore allow this appeal, but for the sole purpose of remitting matters to the Court of Appeal to permit the adduction of expert evidence and then final disposition. Because my colleagues, in allowing this appeal, needed not and did not address the issue of "currency conversion", I find no useful purpose enuring to appellant in my addressing that point.

Appeal allowed with costs, LAMER J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Wright & McTaggart, Toronto.

Solicitors for the respondent: Stikeman & Elliott, Ottawa.

les preuves, à son avis, ce dernier a soit omis de prendre en considération, soit mal appréciées dans ses conclusions de fait. À la lecture des deux jugements et des éléments de preuve produits, je ne saurais dire qu'il est clair qu'il ait eu tort. Quant aux conclusions qu'il substitue à celles du juge de première instance, quoique je ne les eusse pas nécessairement faites, préférant peut-être celles du juge Addy, je ne puis néanmoins dire qu'elles sont manifestement mal fondées. Cela étant, je ne puis donc recourir à la règle énoncée dans l'arrêt *Bouvier*, précité. L'appelante est donc déboutée sur son premier moyen d'appel. Néanmoins j'ajouterais que la solution choisie par la Cour d'appel fédérale pourrait avoir un effet inéquitable. Ayant changé le fondement factuel sur lequel les experts se sont basés pour donner leur opinion, la cour était justifiée d'écarter ces opinions. Mais ce faisant, il aurait fallu accorder aux parties, surtout à la partie qui a cité ces témoins, la possibilité de produire des témoignages d'experts basés sur les faits constatés. Certes la partie qui agit en demande ne devrait pas, dans des circonstances normales, jouir de la possibilité de faire juger à nouveau une partie de l'affaire parce qu'une conclusion de fait a été infirmée, mais la situation est en quelque sorte différente dans le cas de témoignages d'experts fondés sur un certain exposé des faits. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, mais dans le seul but de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel, afin qu'elle autorise la production de témoignages d'experts avant de statuer définitivement. Comme mes collègues, en accueillant le pourvoi, n'avaient pas à statuer, et d'ailleurs ils ne l'ont pas fait, sur la question de la «conversion des monnaies», l'appelante ne gagnerait rien à ce que je me prononce sur ce point.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge LAMER est dissident.

Procureurs de l'appelante: Wright & McTaggart, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Stikeman & Elliott, Ottawa.

Daniel Lapointe and Bruno Sicotte
Appellants

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LAPOINTE AND SICOTTE

File No.: 18229.

1987: June 3; 1987: June 25.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Lamer, Wilson,
Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Evidence — Admissibility of confessions — Language comprehension and expression — Whether language comprehension related to the admissibility of a confession or to its weight.

Held: The appeal should be dismissed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 9 C.C.C. (3d) 366 allowing an appeal from an acquittal on a directed verdict and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Thomas S. Dungey, for the appellants.

S. Casey Hill and *James K. Stewart*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—After a jury trial, the appellants, on a directed verdict, were acquitted by the County Court on two counts of robbery and two related counts of using a firearm in the commission of an indictable offence.

The Ontario Court of Appeal unanimously quashed the verdict of acquittal and directed a new trial.

The judgment of the Court of Appeal is reported: *R. v. Lapointe and Sicotte* (1983), 9 C.C.C. (3d) 366 (Ont. C.A.)

We are substantially in agreement with the reasons of Lacourcière J.A. who delivered the judgment for the Court.

Daniel Lapointe et Bruno Sicotte *Appellants*

c.

^a **Sa Majesté La Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LAPOINTE ET SICOTTE

N° du greffe: 18229.

^b 1987: 3 juin; 1987: 25 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité des confessions — Compréhension et expression orale — La compréhension de la langue est-elle reliée à l'admissibilité d'une confession ou à son poids?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 9 C.C.C. (3d) 366 qui a accueilli un appel interjeté de l'acquiescement rendu sur un verdict imposé et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Thomas S. Dungey, pour les appelants.

^f *S. Casey Hill* et *James K. Stewart*, pour l'intimée.

Le jugement suivant a été rendu par

^g LA COUR—Après un procès devant jury présidé par un juge de la Cour de comté, sur verdict imposé, les appelants ont été acquittés de deux accusations de vol et de deux accusations reliées d'utilisation d'armes à feu lors de la perpétration d'un acte criminel.

La Cour d'appel de l'Ontario, à l'unanimité, a infirmé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

ⁱ L'arrêt de la Cour d'appel est publié: *R. v. Lapointe and Sicotte* (1983), 9 C.C.C. (3d) 366 (Ont. C.A.)

^j Nous sommes substantiellement d'accord avec les motifs du juge Lacourcière qui a rendu le jugement au nom de la Cour.

Consequently, the appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

*Solicitor for the appellants: Thomas S. Dungey,
Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Ministry of
the Attorney General for Ontario.*

En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

*Procureur des appelants: Thomas S. Dungey,
a Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procu-
reur général de l'Ontario.*

Video World Ltd. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. VIDEO WORLD LTD.

File No.: 19537.

1987: June 3; 1987: June 25.

Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Obscenity — Video cassettes — Contemporary community standards test applied.**Held:* The appeal should be dismissed.**Cases Cited***Applied: Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 494.*

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1985), 36 Man. R. (2d) 68, 22 C.C.C. (3d) 331, allowing the Crown's appeal from an acquittal by Lismer Prov. Ct. J. (1985), 32 Man. R. (2d) 41 on the charge of unlawful circulation of an obscene video cassette and possessing a number of obscene video cassettes for the purpose of circulation. Appeal dismissed.

*Robert Tapper, for the appellant.**Wayne Myshkowsky, for the respondent.*

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The appellant was charged before a Provincial Court Judge of Manitoba with unlawful circulation of an obscene video cassette and with possessing a number of obscene video cassettes for the purpose of circulation. The Provincial Court Judge entered an acquittal. This acquittal was reversed by the Manitoba Court of Appeal. This appeal comes to us as of right.

The principles applicable to the facts of this case have been set out in the judgment of this Court in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 494*. We are all of the view that,

Video World Ltd. Appelante

c.

Sa Majesté La Reine Intimée^a RÉPERTORIÉ: R. c. VIDEO WORLD LTD.

N° du greffe: 19537.

1987: 3 juin; 1987: 25 juin.

^b Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

^c *Droit criminel — Obscénité — Vidéocassettes — Critère des normes sociales contemporaines appliqué.**Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.**Jurisprudence**^d *Arrêt appliqué: Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 494.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1985), 36 Man. R. (2d) 68, 22 C.C.C. (3d) 331, qui a accueilli un appel interjeté par le ministère public à l'encontre d'un acquittement prononcé par le juge Lismer de la Cour provinciale (1985), 32 Man. R. (2d) 41, relativement à une accusation d'avoir fait circuler illégalement une vidéocassette obscène et de possession de plusieurs vidéocassettes obscènes pour les faire circuler. Pourvoi rejeté.

^g *Robert Tapper, pour l'appelante.**Wayne Myshkowsky, pour l'intimée.*

Version française du jugement rendu par

^h LA COUR—L'appelante a été accusée devant un juge de la Cour provinciale du Manitoba d'avoir illégalement fait circuler une vidéocassette obscène et d'être en possession de plusieurs vidéocassettes obscènes pour les faire circuler. Le juge de la Cour provinciale l'a acquittée. Cet acquittement a été infirmé par la Cour d'appel du Manitoba. Nous sommes saisis de ce pourvoi de plein droit.

^j Les principes applicables aux faits de cette affaire ont été énoncés dans l'arrêt de cette Cour *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 494*. Nous sommes tous d'avis que, vu ces

under those principles, this appeal fails and the conviction entered by the Manitoba Court of Appeal stands.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Wolch, Pinx, Tapper & Scurfield, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba.

principes, le pourvoi doit être rejeté et la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'appel du Manitoba confirmée.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Wolch, Pinx, Tapper & Scurfield, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Boards and tribunals – Restricted Trade Practices Commission – Investigatory hearing – Rights of parties and witnesses – Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 8(b), 17(1), 20(1).

IRVINE V. CANADA (RESTRICTIVE TRADE PRACTICES COMMISSION), 181.

2. Regulations – Validity – Employee charged with working on site without classification certificate – Whether the Regulation on the Placement of Employees in the Construction Industry valid – Regulation No. 5 on the Placement of Employees in the Construction Industry, (1977) 109 O.G. 5581 (No. 43, 26/10/77), s. 2.01.

QUEBEC (OFFICE DE LA CONSTRUCTION) V. LAROCHELLE, 241.

3. Writ of evocation – Information laid by official of Ministère du revenu – Search and seizure authorized by Deputy Minister of Revenue and approved by judge – Whether judge had information necessary to determine if facts on which informant's belief based were reasonable – Act respecting the Ministère du revenu, R.S.Q. 1977, c. M-31, s. 40 – Code of Civil Procedure, art. 846.

RESTAURANT LE CLÉMENCEAU INC. V. DROUIN, 706.

APPEAL

1. Supreme Court of Canada – Jurisdiction – Extradition – *Habeas corpus* – Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to entertain an appeal from *habeas corpus* proceedings in extradition matters – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 719(5) – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 40.

CANADA V. SCHMIDT, 500.

2. Supreme Court of Canada – Jurisdiction – Extradition – Application for extradition dismissed by extradition judge – Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to entertain appeal – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 2(1), 41.

ARGENTINA V. MELLINO, 536.

3. Supreme Court of Canada – Jurisdiction – Extradition – Stay of proceedings ordered by extradition judge – Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to entertain appeal – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41(1).

UNITED STATES V. ALLARD, 564.

BANKS AND BANKING OPERATIONS

1. Letters of credit – Bank's obligation to pay on presentation of draft – Fraud exception – Scope and availability of exception – Proof of the fraud required to relieve a bank of its obligation – Whether fraud sufficiently established to require the bank to refuse payment.

BANK OF NOVA SCOTIA V. ANGELICA-WHITEWEAR LTD., 59.

2. Letters of credit – Bank's obligation to pay on presentation of draft – Rule of documentary compliance – Discrepancies on the face of documents accompanying the draft – Whether draft improperly paid by the bank.

BANK OF NOVA SCOTIA V. ANGELICA-WHITEWEAR LTD., 59.

3. Forged cheques – Customer's employee forging signatures of signing officers and concealing forgeries – Whether customer precluded from setting up forgeries against the bank – Whether or not duty, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time – Whether or not duty to maintain adequate internal accounting controls for the prevention and minimization of loss through forgery – Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, s. 49(1).

CANADIAN PACIFIC HOTELS LTD. V. BANK OF MONTREAL, 711.

BILLS OF EXCHANGE

Forged cheques – Customer's employee forging signatures of signing officers and concealing forgeries – Whether or not customer precluded from setting up forgeries against bank – Whether or not duty, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time – Whether or not duty to maintain adequate internal accounting controls for the prevention and minimization of loss through forgery.

CANADIAN PACIFIC HOTELS LTD. V. BANK OF MONTREAL, 711.

CIVIL LAW

Ownership – Three-chain reserve – Nature of right conferred on Crown by three-chain reserve between 1884 and 1919 – Whether reserve in full ownership or servitude for fishing purposes? – Act to amend the Quebec fish and game laws, S.Q. 1919, c. 31, s. 1 – Quebec Fisheries' Act, R.S.Q. 1909, s. 2252 – Act respecting Fisheries and Fishing, S.Q. 1899, c. 23, ss. 1, 4.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) V. HEALEY, 158.

CIVIL RIGHTS

1. Equality before the law – Federal legislation extending collective agreements of public sector employees and fixing wage increases for a two-year period – Whether federal legislation violated s. 1(b) of the Canadian Bill of Rights – Public Sector Compensation Restraint Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 122.

PSAC v. CANADA, 424.

2. Discrimination – Employment – Systemic discrimination against an identifiable group – Human Rights Tribunal imposing employment equity program on employer – Tribunal's order setting employment goal and fixing hiring quota – Whether the Tribunal had jurisdiction to make such order – Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2, 15(1), 41(2)(a).

CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. CANADA
(CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION), 1114.

COMPANY LAW

Corporate personality – Sole shareholder company – Sole shareholder holding insurance policy on company's assets – Whether or not insurable interest.

KOSMOPOULOS v. CONSTITUTION INSURANCE CO., 2.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights – Currency of impugned legislation – Whether or not presumption of constitutionality when legislation challenged under Charter.

MANITOBA (ATTORNEY GENERAL) v. METROPOLITAN STORES LTD., 110.

2. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Drug search – Woman searched by police in violent manner – Heroin discovered – Reasons for suspecting woman not introduced at trial because unfounded objection hearsay – Whether or not unreasonable search and seizure – Whether or not evidence of heroin inadmissible because bringing administration of justice into disrepute – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(1) – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(1), (2).

R. v. COLLINS, 265.

3. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Illicit drugs found during search of apartment under writ of assistance – Writs of assistance alleged to be unconstitutional and search therefore alleged to be unreasonable and contrary to the Charter – Whether or not admission of evidence of illicit drugs would bring the administration of justice into disrepute – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(2) – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(1)(a), (2), (3).

R. v. SIEBEN, 295.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

4. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Illicit drugs found during search of apartment under writ of assistance – Writs of assistance alleged to be unconstitutional and search therefore alleged to be unreasonable and contrary to the Charter – Whether or not admitting evidence of illicit drugs would bring administration of justice into disrepute – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(2) – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(1)(a), (2), (3).

R. v. HAMILL, 301.

5. Charter of Rights – Freedom of association – Scope of protection in labour relations context – Provincial legislation prohibiting strikes and lockouts – Legislation providing for arbitration – Whether provincial legislation violated s. 2(d) of the Charter – If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter – Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 1980, c. P-33, ss. 48, 49, 50, 55, 93, 94 – Labour Relations Act, R.S.A. 1980 (Supp.), c. L-1.1, ss. 117.1, 117.2, 117.3, 117.8 – Police Officers Collective Bargaining Act, S.A. 1983, c. P-12.05, ss. 2(2), 3, 9, 10, 15.

REFERENCE RE PUBLIC SERVICE EMPLOYEE RELATIONS ACT (ALTA.), 313.

6. Charter of Rights – Freedom of association – Federal legislation extending collective agreements of public sector employees and fixing wage increases for a two-year period – Right of employees to bargain collectively impaired – Whether federal legislation violated s. 2(d) of the Charter – If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter – Public Sector Compensation Restraint Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 122.

PSAC v. CANADA, 424.

7. Charter of Rights – Freedom of association – Provincial legislation temporarily prohibiting strikes and lock-outs in dairy industry – Legislation providing for arbitration – Whether provincial legislation violated s. 2(d) of the Charter – If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter – The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act, S.S. 1983-84, c. D-1.1.

RWSDU v. SASKATCHEWAN, 460.

8. Charter of Rights – Application of Charter – Double jeopardy – Extradition – Appellant fleeing to Canada after acquittal on American federal charge of kidnapping but prior to her trial on state charge of child stealing arising out of the same transaction – Whether Charter applicable to the actions of a foreign country – Whether s. 11(h) of the Charter applicable to an extradition hearing – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(h), 32.

CANADA v. SCHMIDT, 500.

9. Charter of Rights – Fundamental justice – Extradition – Appellant fleeing to Canada after acquittal on American federal charge of kidnapping but prior to her trial on state charge of child stealing arising out of the same transaction – Whether

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

the surrender of the fugitive to foreign country violates s. 7 of the Charter.

CANADA v. SCHMIDT, 500.

10. Charter of Rights – Application of Charter – Trial within a reasonable time – Extradition – Seventeen-month delay between respondent's discharge following the first extradition hearing and the initiation of the second – Delay not attributable to Canadian authorities – Whether s. 11(b) of the Charter applicable to an extradition hearing – Whether Charter applicable to the action of a foreign country – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 32.

ARGENTINA v. MELLINO, 536.

11. Charter of Rights – Fundamental justice – Extradition – Abuse of process – Seventeen-month delay between respondent's discharge following the first extradition hearing and the initiation of the second – Delay not attributable to Canadian authorities – Whether such delay constitutes an abuse of process and contravenes s. 7 of the Charter – Whether s. 7 applicable – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 32.

ARGENTINA v. MELLINO, 536.

12. Charter of Rights – Court of competent jurisdiction – Whether superior court judge, acting as extradition judge, a court of competent jurisdiction to grant remedies under s. 24(1) of the Charter.

ARGENTINA v. MELLINO, 536.

13. Charter of Rights – Court of competent jurisdiction – Whether superior court judge, acting as extradition judge, a court of competent jurisdiction to grant remedies under s. 24(1) of the Charter.

UNITED STATES v. ALLARD, 564.

14. Charter of Rights – Application of Charter – Trial within a reasonable time – Extradition – Foreign country requesting extradition of fugitives five years after their return to Canada – Delay not attributable to Canadian authorities – Whether Charter has extraterritorial application so as to deprive a foreign country of a right conferred upon it by a treaty with Canada – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 32.

UNITED STATES v. ALLARD, 564.

15. Charter of Rights – Fundamental justice – Extradition – Foreign country requesting extradition of fugitives five years after their return to Canada – Delay not attributable to Canadian authorities – Whether the surrender of the fugitives to a foreign country violates s. 7 of the Charter.

UNITED STATES v. ALLARD, 564.

16. Charter of Rights – Court of competent jurisdiction – Accused alleging a violation of his Charter right to be tried within reasonable time – Whether the superior court of a province a court of competent jurisdiction for the purposes of an originating application under s. 24(1) of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 24(1).

R. v. RAHEY, 588.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

17. Charter of Rights – Trial within a reasonable time – Trial judge taking eleven months to decide a motion for a directed verdict – Whether accused's right to be tried within reasonable time infringed – Appropriate remedy for an infringement of s. 11(b) – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 24(1).

R. v. RAHEY, 588.

18. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Blood sample taken by doctor as authorized by provincial statute – Appellant unable to give consent – Crown conceded search unreasonable and in violation of s. 8 of Charter – Whether or not blood sample inadmissible in that it would bring the administration of justice into disrepute – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237(2), 238(3)(b) – Blood Test Act, S.M. 1980, c. 49, C.C.S.M., c. B63, ss. 1, 2.

R. v. POHORETSKY, 945.

19. Charter of Rights – Cruel and unusual punishment – Minimum sentence for importing narcotics notwithstanding degrees of seriousness of the offence – Whether or not minimum sentence cruel and unusual punishment contrary to s. 12 of Charter – If so, whether or not justifiable under s. 1 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12 – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5(2).

R. v. SMITH (EDWARD DEWEY), 1045.

20. Distribution of powers – Education – Bill 30 providing for full funding of Roman Catholic secondary schools – Whether or not Bill 30 a valid exercise of power under opening words of s. 93 and s. 93(3) – Whether or not Bill 30 a valid exercise of provincial power in that it returns rights constitutionally guaranteed by s. 93(1) – Constitution Act, 1867, s. 93, 93(3).

REFERENCE RE BILL 30, AN ACT TO AMEND THE EDUCATION ACT (ONT.), 1148.

21. Charter of Rights – Equality rights – Freedom from religious discrimination – Bill 30 providing for full funding of Roman Catholic secondary schools – Whether or not Bill subject to review under the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 15, 29 – Constitution Act, 1982, s. 52.

REFERENCE RE BILL 30, AN ACT TO AMEND THE EDUCATION ACT (ONT.), 1148.

22. Charter of Rights – Right to retain and instruct lawyer – Accused's rights read by police – Accused indicating desire to remain silent and to see his lawyer – Opportunity to telephone lawyer not volunteered to accused – Questioning continued in absence of lawyer – No urgency – Conviction based on statement made in response to barbed question in absence of lawyer – Whether or not inculpatory statements obtained in a manner that infringed right to retain and instruct lawyer – Whether or not admission of inculpatory statements would bring administration of justice into disrepute – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

R. v. MANNINEN, 1233.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

23. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Accused's rights read by police – Accused indicating desire to remain silent and to see his lawyer – Opportunity to telephone lawyer not volunteered to accused – Questioning continued in absence of lawyer – No urgency – Conviction based on statement made in response to barbed question in absence of lawyer – Whether or not inculpatory statements obtained in a manner that infringed the right to retain and instruct lawyer – Whether or not admission of inculpatory statements would bring administration of justice into disrepute – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. MANNINEN, 1233.

CORPORATIONS

1. Meetings – Notice – Sufficiency of notice – Meeting to approve sale of surplus lands to majority shareholder's subsidiary – Whether shareholders should have received the actual appraisal reports of these properties – Whether shareholders meeting validly held.

WOTHERSPOON v. CANADIAN PACIFIC LTD., 952.

2. Oppression or fraud on the minority – Board of Directors and majority shareholder of railway company voting in favour of the sale of surplus lands to majority shareholder's subsidiary – Whether such action constitutes oppression or fraud on the minority.

WOTHERSPOON v. CANADIAN PACIFIC LTD., 952.

COURTS

1. Procedure – Stay of proceedings and interlocutory injunctions – Constitutional validity of legislation challenged – Board proposing to act pursuant to challenged legislation – Motion to stay Board's proceedings until determination of constitutional validity of legislation – Decision to deny motion overturned by Court of Appeal – Principle governing judge's discretionary power to grant stay – Appropriateness of Court of Appeal's intervention in motion judge's discretion – Labour Relations Act, C.C.S.M., c. L10, s. 75.1.

MANITOBA (ATTORNEY GENERAL) v. METROPOLITAN STORES LTD., 110.

2. Jurisdiction – Criminal contempt – Whether or not jurisdiction in provincial court.

R. v. VERMETTE, 577.

3. Jurisdiction – Divorce – Maintenance agreement incorporated in court order – Ex-wife's application to vary allowed – Jurisdiction of the Court of Appeal and the Supreme Court of Canada to review orders made under s. 11 of the Divorce Act – Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 11(2), 17(2), 18(1).

PELECH v. PELECH, 801.

COURTS—Concluded

4. Jurisdiction – Powers of the reviewing court – Divorce – Maintenance agreement incorporated in court order – Ex-wife's application to vary allowed – Whether appellate court should interfere with trial judge's discretion in the absence of material error – Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 11(2), 17(2).

PELECH v. PELECH, 801.

5. Jurisdiction – Divorce – Separation agreement providing for the cessation of maintenance payments to an ex-wife upon her remarriage or cohabitation – Power of the court to interfere with the agreement – Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(2).

CARON v. CARON, 892.

6. Appellate review – Facts – Court of Appeal interfering with findings of fact of trial judge – Documentary evidence and expert testimony – Court of Appeal rejecting expert testimony on basis of difference of view as to some of facts on which expert testimony based – Whether Court of Appeal erred.

N.V. BOCIMAR S.A. v. CENTURY INSURANCE CO. OF CANADA, 1247.

CREDITOR AND DEBTOR

Lease of railway – Lessee authorized by statute to sell lessor's surplus lands free of incumbrance – Lands subject to lessor's debenture stock – Debenture stock constituting first lien and charge on lands – Whether debenture stock an incumbrance within the meaning of the statute – Whether debenture stock a specific or a floating charge – Whether lessor's debenture stockholders have a claim against the lessee or the lessor for the sale of these lands under the lease or statute – Act respecting the Ontario and Quebec Railway Company, S.C. 1884, c. 61, s. 8 – Act respecting the Canadian Pacific Railway Company, S.C. 1891, c. 70, s. 2.

WOTHERSPOON v. CANADIAN PACIFIC LTD., 952.

CRIMINAL LAW

1. Procedure – Refusal to testify at preliminary hearing of another accused – Charged with obstructing justice and committed – Application for *certiorari* to set aside committal dismissed – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 472.

R. v. LACROIX, 244.

2. *Kienapple* principle – Accused convicted of breaking and entering and committing robbery, and of attempted murder – Offences arising out of the same incident – Whether rule against multiple convictions applicable to preclude conviction of attempted murder.

R. v. WIGMAN, 246.

3. Charge to jury – *Mens rea* – Attempted murder – Trial judge's charge relating to the required intent for attempted murder in accordance with the interpretation given by the Supreme Court of Canada in *Lajoie* – Supreme Court changing

CRIMINAL LAW—Continued

in *Ancio* its interpretation on the requisite mental element for a conviction for attempted murder – *Ancio* decision rendered after accused was granted leave to appeal at large to the Supreme Court of Canada – Whether accused entitled to benefit from the new interpretation of the Criminal Code given in *Ancio* – Scope of leave to appeal – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 212(a), 618(1)(b).

R. v. WIGMAN, 246.

4. Appeal from conviction – Error in trial judge's charge to jury concerning the necessary intent for a conviction for attempted murder – Appeal against conviction for attempted murder dismissed and conviction for an included offence substituted – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 228(b), 613(1)(b)(i), (iii), (3).

R. v. WIGMAN, 246.

5. Fortune telling – Defence of honest belief – No basis for accused's that she had special powers to predict future – Defence of honest belief not open on the facts of this case – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 323(b).

R. v. LABROSSE, 310.

6. Trial – Charge by judge – Wrong instructions on burden of proof of alibi – Ambiguous statements on need for unanimous verdict – Section 613(1)(b)(iii) of Criminal Code not applicable – New trial ordered.

R. v. LIMOGES, 497.

7. Procedure – Pleas – Autrefois acquit – Accused's committal for trial quashed before plea – Crown appealed but unable to effect service – Direct indictment preferred by Attorney General against accused – Indictment dismissed by trial judge on a plea of autrefois acquit – Appeal by Crown allowed – Accused never placed in jeopardy on the proceedings on first indictment – Accused not entitled to plea of autrefois acquit.

R. v. GOULD, 499.

8. Contempt of court – Procedure – Crown proceeding by way of indictment – Accused re-electing trial by magistrate – Conviction entered on plea of guilty – Whether or not provincial court had jurisdiction to consider criminal contempt – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 8, 127(2), 484(1).

R. v. VERMETTE, 577.

9. Charge to jury – Murder – Aiding or abetting – Crown's theory that accused could be found guilty as principal or alternatively as aider or abettor – Whether evidence to justify putting to the jury the Crown's alternative theory – Whether trial judge failed to apply the legal principles of s. 21 of the Criminal Code to the evidence of the case.

R. v. THATCHER, 652.

10. Charge to jury – Burden of proof – Murder – Whether trial judge erred in directing the jury to weigh the evidence of the accused against the evidence of other witnesses and to choose which they accepted, thereby reducing the burden of proof.

R. v. THATCHER, 652.

CRIMINAL LAW—Concluded

11. Charge to jury – Fairness – Murder – Whether trial judge adequately summarized the evidence or the theory of the defence.

R. v. THATCHER, 652.

12. Charge to jury – Unanimity – Murder – Trial judge instructing jurors that they could find the accused guilty either as principal or as aider or abettor – Whether trial judge failed to instruct the jurors that they must be unanimous in the way in which the offence was committed – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21.

R. v. THATCHER, 652.

13. Charge to jury – Rape and indecent assault – Defence of mistake of fact – Mistaken belief in consent – Whether the defence should have been left with the jury – Whether trial judge properly charged the jury.

R. v. BULMER, 782.

14. Sexual assault – Charge to jury – Defence of mistake of fact – Should the trial judge, in every sexual assault case, instruct the jury to consider whether the accused had an honest, though mistaken, belief in consent – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 244(4), 246.1(1)(a).

R. v. ROBERTSON, 918.

15. Procedure – Appeal as of right – Dissent in the Court of Appeal not on a question of law.

R. v. FAULKNER, 951.

16. Scope of authority of the military police – Breathalyzers – Failure to provide breath samples – Demand made by a military policeman to a civilian outside a military base following a traffic violation on the base – Whether military policeman a "peace officer" within the meaning of s. 2(f) of the Criminal Code – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2(f), 235 – National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 134 – Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, s. 22.01 – Defence Establishment Trespass Regulations, C.R.C. 1978, c. 1047, ss. 2, 3, 28(1).

R. v. NOLAN, 1212.

17. Right to retain and instruct lawyer – Police continuing questioning notwithstanding accused's wish to remain silent and to consult lawyer – Opportunity to telephone lawyer not volunteered to accused – Questioning continued in absence of lawyer – No urgency – Scope of right to lawyer – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. MANNINEN, 1233.

18. Evidence – Admissibility of confessions – Language comprehension and expression – Whether language comprehension related to the admissibility of a confession or to its weight.

R. v. LAPOINTE AND SICOTTE, 1253.

19. Obsenity – Video cassettes – Contemporary community standards test applied.

R. v. VIDEO WORLD LTD., 1255.

DIVORCE

1. Maintenance – Variation – Agreement made after divorce providing for lump sum to wife in full satisfaction of future claims for maintenance – Court's order incorporating parties' agreement – Wife's financial situation deteriorating substantially over the years because of health problems – Application to vary the maintenance order – Whether the agreement should be respected and preclude judicial intervention – Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(2).

PELECH V. PELECH, 801.

2. Maintenance – Variation – Settlement agreement – Agreement prior to divorce providing for wife support for a period of one year – Wife unable to find work during that period and supported by public assistance claimed maintenance in divorce proceeding – Power of the court to vary maintenance provision of the agreement under s. 11(1) of the Divorce Act.

RICHARDSON V. RICHARDSON, 857.

3. Maintenance – Escalator clause – Settlement agreement – Whether a court can insert an escalator clause in a *decree nisi* where the parties did not have such a clause in their settlement agreement – Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(1).

RICHARDSON V. RICHARDSON, 857.

4. Maintenance – Variation – Separation agreement – Agreement providing for the cessation of maintenance payments to ex-wife upon cohabitation – Clause incorporated in *decree nisi* – Clause enforced by ex-husband – Ex-wife's application to vary *decree nisi* denied – Power of the court to vary maintenance provision under the agreement and under s. 11(2) of the Divorce Act.

CARON V. CARON, 892.

EVIDENCE

1. Admissibility – Bringing administration of justice into disrepute – Drug search – Doubt as to reasonableness of search – Whether admission into evidence of seized heroin bringing administration of justice into disrepute.

R. V. COLLINS, 265.

2. Admissibility – Bringing administration of justice into disrepute – Drug search pursuant to writ of assistance – Writs of assistance alleged to be inconsistent with the Charter – Whether or not admitting evidence of drugs would bring administration of justice into disrepute.

R. V. SEBEN, 295.

3. Admissibility – Bringing administration of justice into disrepute – Drug search pursuant to writ of assistance – Writs of assistance alleged to be inconsistent with Charter – Whether or not admitting evidence of those drugs would bring administration of justice into disrepute.

R. V. HAMIL, 301.

4. Admissibility – Similar fact evidence – Accused convicted of sexual assault – Whether or not evidence of accused's

EVIDENCE—Concluded

making a sexual proposition to complainant's roommate admissible – If inadmissible, whether or not s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code applicable to save conviction.

R. V. ROBERTSON, 918.

5. Admissibility – Bringing administration of justice into disrepute – Taking of blood sample by doctor authorized by provincial statute but not by Criminal Code – Evidence to be used in criminal matter – Crown admitted taking blood sample to be an unreasonable search in violation of s. 8 of Charter – Whether or not blood sample inadmissible in that it would bring the administration of justice into disrepute.

R. V. POHORETSKY, 945.

6. Admissibility – Bringing administration of justice into disrepute – Police continuing questioning notwithstanding accused's wish to remain silent and to consult lawyer – Whether or not admission of evidence obtained during that questioning bringing administration of justice into disrepute – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. V. MANNINEN, 1233.

EXPROPRIATION

Injurious affection – Compensation – Land acquired for highway adjacent to appellants' property – None of appellants' lands expropriated – Whether or not damages resulting from construction of highway compensable – Expropriations Act, R.S.O. 1970, c. 154, ss. 1, 21 (now R.S.O. 1980, c. 148).

ST. PIERRE V. ONTARIO (MINISTER OF TRANSPORTATION AND COMMUNICATIONS), 906.

EXTRADITION

1. Jurisdiction of extradition judges – Autrefois acquit defence raised at the extradition hearing – Whether extradition judge has jurisdiction to deal with defences that could be raised at trial.

CANADA V. SCHMIDT, 500.

2. Jurisdiction of extradition judges – Whether extradition judge has jurisdiction to administer Charter remedies or to deal with defences that could be raised at trial.

ARGENTINA V. MELLINO, 536.

INCOME TAX

Calculation of income – Deductions – Interest deduction – Trusts – Trust making allocation to beneficiary – Money borrowed to prevent sale of assets – Whether or not trust entitled to claim interest deduction – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c.

INCOME TAX — Concluded

148, ss. 12(1)(a), 11(1)(c)(i), re-en. S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 18(1)(a), 20(1)(c)(i).

BRONFMAN TRUST V. THE QUEEN, 32.

INSURANCE

Fire insurance – Insurable interest – Sole shareholder holding insurance policy on company's assets – Whether or not insurable interest.

KOSMPOULOS V. CONSTITUTION INSURANCE CO., 2.

LABOUR LAW

Construction industry – Regulation on placement of employees – Employee charged with working on site without classification certificate – Arguments made by employee asking that Regulation be found *ultra vires* dismissed – Regulation No. 5 on the Placement of Employees in the Construction Industry, (1977) 109 O.G. 5581 (No. 43, 26/10/77), s. 2.01.

QUEBEC (OFFICE DE LA CONSTRUCTION) V. LAROCHELLE, 241.

LEASES

Perpetual leases – Lessee of railway selling lessor's surplus lands – Whether lessee authorized by the lease or statutes to sell these lands without the lessor's approval – Whether the sale of these lands constitutes a breach of the leases – Whether proceeds from sales should go to the lessor – Whether lessor entitled to recover its reversionary interest in the surplus lands sold by lessee – Act respecting the Canadian Pacific Railway Company, S.C. 1891, c. 70, s. 2.

WOTHERSPOON V. CANADIAN PACIFIC LTD., 952.

MARITIME LAW

Liens – Action *in rem* to enforce a maritime lien for necessities arising under foreign law – Owner of the vessel not liable *in personam* for the necessities – Lien enforceable by action *in rem* in Canada.

MARLEX PETROLEUM INC. V. HAR RAI (THE), 57.

STATUTES

1. Retroactivity – No express reference – Intention of legislator to make statute retroactive – Statute declaratory and interpreting – Act to amend the Quebec fish and game laws, S.Q. 1919, c. 31, s. 1.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) V. HEALEY, 158.

2. Interpretation – Human rights legislation – Legislation to be given a broad interpretation to fulfil its purposes – Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33.

CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. V. CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION), 1114.

TAXATION

Information laid by official of Ministère du revenu – Search and seizure authorized by Deputy Minister of Revenue and approved by judge – Whether judge had information necessary to determine if facts on which informant's belief based were reasonable – Writ of evocation – Act respecting the Ministère du revenu, R.S.Q. 1977, c. M-31, s. 40.

RESTAURANT LE CLÉMENCEAU INC. V. DROUIN, 706.

INDEX

APPEL

1. Pourvoi – Cour suprême du Canada – Compétence – Extradition – *Habeas corpus* – Compétence de la Cour suprême du Canada pour entendre un pourvoi interjeté dans le cadre de procédures d'*habeas corpus* dans une affaire d'extradition – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 719(5) – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 40.

CANADA C. SCHMIDT, 500.

2. Cour suprême du Canada – Compétence – Extradition – Rejet d'une demande d'extradition par un juge d'extradition – Compétence de la Cour suprême du Canada pour entendre le pourvoi – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 2(1), 41.

ARGENTINE C. MELLINO, 536.

3. Cour suprême du Canada – Compétence – Extradition – Suspension d'instance ordonnée par un juge d'extradition – Compétence de la Cour suprême du Canada pour entendre le pourvoi – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41(1).

ÉTATS-UNIS C. ALLARD, 564.

ASSURANCE

Assurance contre l'incendie – Intérêt assurable – Actionnaire unique détenant une police d'assurance garantissant l'actif d'une société – Y a-t-il un intérêt assurable?

KOSMOPOULOS C. CONSTITUTION INSURANCE CO., 2.

BANQUES ET OPÉRATIONS BANCAIRES

1. Lettres de crédit – Obligation de la banque de payer sur présentation d'une traite – Exception de fraude – Portée de l'exception et possibilité de l'invoquer – Preuve de la fraude requise pour dégager une banque de son obligation – La fraude a-t-elle été suffisamment établie pour obliger la banque à refuser le paiement?

BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE C. ANGELICA-WHITEWEAR LTD., 59.

2. Lettres de crédit – Obligation de la banque de payer sur présentation d'une traite – Règle de la conformité des documents – Différences apparentes dans les documents accompagnant la traite – La traite a-t-elle été irrégulièrement payée par la banque?

BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE C. ANGELICA-WHITEWEAR LTD., 59.

3. Faux chèques – Contrefaçons des signatures des signataires autorisés et dissimulation des contrefaçons par un employé du client – Le client est-il empêché d'opposer les faux

BANQUES ET OPÉRATIONS BANCAIRES—

Fin

à la banque? – Y avait-il, en l'absence d'un accord de vérification, une obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable? – Y avait-il une obligation de maintenir un système adéquat de contrôles comptables internes pour prévenir et minimiser les pertes imputables aux faux? – Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 49(1).

SOCIÉTÉ HÔTELIÈRE CANADIEN PACIFIQUE LTÉE C. BANQUE DE MONTRÉAL, 711.

BAUX

Baux à perpétuité – Vente de terrains excédentaires de la bailleresse par la preneuse à bail du chemin de fer – La preneuse à bail est-elle autorisée par le bail ou par les lois à vendre ces terrains sans l'approbation de la bailleresse? – La vente de ces terrains constitue-t-elle une violation des baux? – La bailleresse a-t-elle droit au recouvrement de la valeur de son droit réversif dans les terrains excédentaires vendus par la preneuse? – Acte concernant la Compagnie du Chemin de fer Canadien du Pacifique, S.C. 1891, chap. 70, art. 2.

WOTHERSPOON C. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE, 952.

COMPAGNIES

1. Assemblées – Avis – Avis suffisant – Assemblée pour approuver la vente de terrains excédentaires à une filiale de l'actionnaire majoritaire – Les actionnaires auraient-ils dû recevoir les rapports réels d'évaluation de ces biens? – L'assemblée des actionnaires a-t-elle été valablement tenue?

WOTHERSPOON C. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE, 952.

2. Oppression ou dol vis-à-vis de la minorité – Conseil d'administration et actionnaire majoritaire de la compagnie de chemin de fer votant en faveur de la vente des terrains excédentaires à la filiale de l'actionnaire majoritaire – Pareille action constitue-t-elle de l'oppression ou dol vis-à-vis de la minorité?

WOTHERSPOON C. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE, 952.

CRÉANCIER ET DÉBITEUR

Bail de chemin de fer – Preneuse à bail autorisée par la loi à vendre les terrains excédentaires de la bailleresse libres de redevance – Terrains grevés par les actions-déventures de la bailleresse – Actions-déventures constituant une première charge et redevance sur les terrains – Les actions-déventures sont-elles une «redevance» au sens de la loi? – Les actions-

CRÉANCIER ET DÉBITEUR — Fin

débentures constituent-elles une charge déterminée ou flottante? – Les porteurs d'actions-débentures de la bailleresse ont-ils un droit de réclamation contre la preneuse ou la bailleresse pour la vente de ces terrains en vertu du bail ou de la loi – Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Ontario et Québec, S.C. 1884, chap. 61, art. 8 – Acte concernant la Compagnie du Chemin de fer Canadien du Pacifique, S.C. 1891, chap. 70, art. 2.

WOTHERSPOON C. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE, 952.

DIVORCE

1. Aliments – Modification – Convention conclue après le divorce prévoyant le paiement d'un montant forfaitaire à l'épouse en paiement final de toute créance alimentaire future – Incorporation de la convention des parties dans l'ordonnance du tribunal – Grave détérioration de la situation financière de l'épouse au cours des années à cause de problèmes de santé – Demande de modification de l'ordonnance alimentaire – La convention devrait-elle être respectée et empêcher l'intervention judiciaire? – Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2).

PELECH C. PELECH, 801.

2. Aliments – Modification – Convention – Convention antérieure au divorce accordant une pension alimentaire à l'épouse pour une période d'un an – L'épouse incapable de trouver du travail au cours de cette période et touchant des prestations sociales a demandé une pension alimentaire dans le cadre des procédures de divorce – Pouvoir du tribunal de modifier les stipulations alimentaires de la convention en vertu de l'art. 11(1) de la Loi sur le divorce.

RICHARDSON C. RICHARDSON, 857.

3. Aliments – Clause d'indexation – Convention – Le tribunal peut-il insérer une clause d'indexation dans un jugement conditionnel de divorce lorsque les parties n'ont pas inclus une telle clause dans leur convention? – Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(1).

RICHARDSON C. RICHARDSON, 857.

4. Aliments – Modification – Convention de séparation – Convention prévoyant la cessation du paiement de la pension alimentaire à l'ex-épouse en cas de cohabitation – Incorporation de la clause dans un jugement conditionnel de divorce – Mise à exécution de la clause par l'ex-mari – Rejet de la demande faite par l'ex-épouse en vue de faire modifier le jugement conditionnel de divorce – Pouvoir de la cour de modifier la pension alimentaire en vertu de la convention et de l'art. 11(2) de la Loi sur le divorce.

CARON C. CARON, 892.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Commissions et tribunaux administratifs – Commission sur les pratiques restrictives du commerce – Procédure

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

d'enquête – Droits des parties et des témoins – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 8b), 17(1), 20(1).

IRVINE C. CANADA (COMMISSION SUR LES PRATIQUES RESTRICTIVES), 181.

2. Règlements – Validité – Salarié accusé d'avoir travaillé sur un chantier de construction sans avoir obtenu un certificat de classification – Validité du règlement relatif au placement des salariés dans l'industrie de la construction – Règlement numéro 5 relatif au placement des salariés dans l'industrie de la construction, (1977) 109 G.O. 5581 (n° 43, 26/10/77), art. 2.01.

QUÉBEC (OFFICE DE LA CONSTRUCTION) C. LAROCHELLE, 241.

3. Bref d'évocation – Dénonciation faite par un fonctionnaire du ministère du revenu – Perquisition et saisie autorisées par le sous-ministre du revenu et approuvées par un juge – Le juge avait-il les renseignements pertinents pour vérifier si les faits sur lesquels se fondait la croyance du dénonciateur sont raisonnables? – Loi sur le ministère du revenu, L.R.Q. 1977, chap. M-31, art. 40 – Code de procédure civile, art. 846.

RESTAURANT LE CLÉMENCEAU INC. C. DROUIN, 706.

DROIT CIVIL

Propriété – Réserve des trois chaînes – Nature du droit conféré à l'État par la réserve des trois chaînes entre 1884 et 1919 – S'agit-il d'une réserve en pleine propriété ou d'une servitude pour fins de pêche? – Loi amendant la loi de la pêche de Québec et la loi de la chasse de Québec, S.Q. 1919, chap. 31, art. 1 – Loi de la pêche de Québec, S.R.Q. 1909, art. 2252 – Loi concernant la pêche et les pêcheries, S.Q. 1899, chap. 23, art. 1, 4.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. HEALEY, 158.

DROIT DES COMPAGNIES

Personnalité morale – Société ayant un seul actionnaire – Actionnaire unique détenant une police d'assurance garantissant l'actif d'une société – Y a-t-il un intérêt assurable?

KOSMOPOULOS C. CONSTITUTION INSURANCE CO., 2.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits – Application de la loi attaquée – Existe-t-il une présomption de constitutionnalité lorsqu'une loi est contestée en vertu de la Charte?

MANITOBA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. METROPOLITAN STORES LTD., 110.

2. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Fouille en vue de découvrir des stupéfiants – Policier usant de force pour fouiller

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

une femme – Découverte d'héroïne – Non-production au procès des motifs de soupçons contre la femme à cause de l'objection non fondée qu'ils constituaient du oui-dire – S'agit-il d'une fouille abusive? – La preuve relative à l'héroïne est-elle inadmissible parce que son utilisation déconsidérerait l'administration de la justice? – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(1) – Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(1), (2).

R. C. COLLINS, 265.

3. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Découverte de stupéfiants illicites au cours d'une perquisition dans un appartement en vertu d'un mandat de main-forte – Allégation d'inconstitutionnalité des mandats de main-forte et donc de perquisition abusive et contraire à la Charte – L'utilisation de la preuve relative aux stupéfiants illicites est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(2) – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(1)a), (2), (3).

R. C. SIEBEN, 295.

4. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Découverte de stupéfiants illicites au cours d'une perquisition dans un appartement en vertu d'un mandat de main-forte – Allégation d'inconstitutionnalité des mandats de main-forte et donc de perquisition abusive et contraire à la Charte – L'utilisation de la preuve relative aux stupéfiants illicites est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(2) – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(1)a), (2), (3).

R. C. HAMIL, 301.

5. Charte des droits – Liberté d'association – Portée de la protection dans le domaine des relations de travail – Législation provinciale interdisant les grèves et les lock-out – Recours à l'arbitrage prescrit par la législation – La législation provinciale viole-t-elle l'art. 2d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? – Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 1980, chap. P-33, art. 48, 49, 50, 55, 93, 94 – Labour Relations Act, R.S.A. 1980 (Supp.), chap. L-1.1, art. 117.1, 117.2, 117.3, 117.8 – Police Officers Collective Bargaining Act, S.A. 1983, chap. P-12.05, art. 2(2), 3, 9, 10, 15.

RENVOI RELATIF À LA PUBLIC SERVICE EMPLOYEE RELATIONS ACT (ALB.), 313.

6. Charte des droits – Liberté d'association – Loi fédérale proscrivant les conventions collectives des salariés du secteur public et fixant pour deux ans leurs hausses salariales – Atteinte au droit des salariés de négocier collectivement – Cette loi fédérale viole-t-elle l'art. 2d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? – Loi sur les restrictions salariales du secteur public, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122.

AFPC C. CANADA, 424.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

7. Charte des droits – Liberté d'association – Loi provinciale interdisant temporairement les grèves et les lock-out dans l'industrie laitière – Loi prescrivant le recours à l'arbitrage – La loi provinciale viole-t-elle l'art. 2d) de la Charte? – Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? – The Dairy Workers (Maintenance of Operations) Act, S.S. 1983-84, chap. D-1.1.

SDGMR C. SASKATCHEWAN, 460.

8. Charte des droits – Application de la Charte – Double péril – Extradition – Fuite de l'appelante au Canada après son acquittement relativement à une accusation d'enlèvement aux termes de la loi fédérale américaine, mais avant son procès relativement à l'accusation de vol d'enfant aux termes de la loi de l'État par suite du même acte – Applicabilité de la Charte aux actes d'un pays étranger – Applicabilité de l'art. 11h) de la Charte à une audience d'extradition – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11h), 32.

CANADA C. SCHMIDT, 500.

9. Charte des droits – Justice fondamentale – Fuite de l'appelante au Canada après son acquittement relativement à une accusation d'enlèvement aux termes de la loi fédérale américaine, mais avant son procès relativement à l'accusation de vol d'enfant aux termes de la loi de l'État par suite du même acte – La remise de la fugitive à un pays étranger viole-t-elle l'art. 7 de la Charte?

CANADA C. SCHMIDT, 500.

10. Charte des droits – Application de la Charte – Procès dans un délai raisonnable – Extradition – Retard de dix-sept mois entre la libération de l'intimé après la première audience d'extradition et le début de la seconde – Retard non attribuable aux autorités canadiennes – Applicabilité de l'art. 11b) de la Charte à une audience d'extradition – Applicabilité de la Charte aux actes d'un pays étranger – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 32.

ARGENTINE C. MELLINO, 536.

11. Charte des droits – Justice fondamentale – Extradition – Abus des procédures – Retard de dix-sept mois entre la libération de l'intimé après la première audience d'extradition et le début de la seconde – Retard non attribuable aux autorités canadiennes – Ce retard constitue-t-il un abus des procédures et contrevient-il à l'art. 7 de la Charte? – L'article 7 s'applique-t-il? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 32.

ARGENTINE C. MELLINO, 536.

12. Charte des droits – Tribunal compétent – Un juge de cour supérieure, agissant à titre de juge d'extradition, est-il un tribunal compétent pour accorder des réparations en vertu de l'art. 24(1) de la Charte?

ARGENTINE C. MELLINO, 536.

13. Charte des droits – Tribunal compétent – Un juge de cour supérieure, agissant à titre de juge d'extradition, est-il un tribunal compétent pour accorder des réparations en vertu de l'art. 24(1) de la Charte?

ÉTATS-UNIS C. ALLARD, 564.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

14. Charte des droits – Application de la Charte – Procès dans un délai raisonnable – Extradition – Pays étranger requérant l'extradition de fugitifs cinq ans après leur retour au Canada – Délai non attribuable aux autorités canadiennes – La Charte a-t-elle une application extra-territoriale de manière à priver un pays étranger d'un droit que lui confère un traité avec le Canada? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 32.

ÉTATS-UNIS C. ALLARD, 564.

15. Charte des droits – Justice fondamentale – Extradition – Pays étranger requérant l'extradition de fugitifs cinq ans après leur retour au Canada – Délai non attribuable aux autorités canadiennes – La remise des fugitifs à un pays étranger viole-t-elle l'art. 7 de la Charte?

ÉTATS-UNIS C. ALLARD, 564.

16. Charte des droits – Tribunal compétent – L'accusé allègue la violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit la Charte – La cour supérieure d'une province est-elle un tribunal compétent aux fins d'une requête introductive d'instance fondée sur l'art. 24(1) de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 24(1).

R. C. RAHEY, 588.

17. Charte des droits – Procès dans un délai raisonnable – Le juge du procès a pris onze mois pour statuer sur une requête en obtention d'un verdict imposé – Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable? – Réparation convenable pour une violation de l'art. 11b) – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 24(1).

R. C. RAHEY, 588.

18. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidérer l'administration de la justice – Échantillon de sang prélevé par un médecin comme l'autorise la loi provinciale – Appelant incapable de donner son consentement – Admission du ministère public que la fouille est abusive et viole l'art. 8 de la Charte – L'utilisation de l'échantillon de sang comme élément de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237(2), 238(3)b) – Loi sur les analyses du sang, L.M. 1980, chap. 49, C.C.S.M., chap. B63, art. 1, 2.

R. C. POHORETSKY, 945.

19. Charte des droits – Peine cruelle et inusitée – Prescription d'une peine minimale pour l'importation de stupéfiants indépendamment de la gravité de l'infraction – La peine minimale est-elle cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la Charte? – Dans l'affirmative, est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12 – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 5(2).

R. C. SMITH (EDWARD DEWEY), 1045.

20. Partage des compétences – Éducation – Projet de loi 30 prévoyant le financement complet des écoles catholiques de niveau secondaire – Le projet de loi 30 constitue-t-il un exercice

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

valide du pouvoir conféré par la disposition liminaire de l'art. 93 et par l'art. 93(3)? – Le projet de loi 30 constitue-t-il un exercice valide du pouvoir provincial parce qu'il rétablit des droits constitutionnels garantis par l'art. 93(1)? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 93, 93(3).

RENOI RELATIF AU PROJET DE LOI 30, AN ACT TO AMEND THE EDUCATION ACT (ONT.), 1148.

21. Charte des droits – Droits à l'égalité – Protection contre la discrimination fondée sur la religion – Projet de loi 30 prévoyant le financement complet des écoles catholiques de niveau secondaire – Le projet de loi est-il assujéti à un contrôle fondé sur la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), 15, 29 – Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

RENOI RELATIF AU PROJET DE LOI 30, AN ACT TO AMEND THE EDUCATION ACT (ONT.), 1148.

22. Charte des droits – Droit à l'assistance d'un avocat – Accusé informé de ses droits par la police – Expression par l'accusé de la volonté de garder le silence et de consulter son avocat – La possibilité de téléphoner à un avocat n'a pas été offerte à l'accusé – Poursuite de l'interrogatoire en l'absence d'un avocat – Aucune urgence – Déclaration de culpabilité fondée sur la réponse donnée à une question piège en l'absence d'un avocat – Les déclarations incriminantes ont-elles été obtenues dans des conditions qui portent atteinte au droit à l'assistance d'un avocat? – L'utilisation des déclarations incriminantes est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

R. C. MANNINEN, 1233.

23. Charte des droits – Admissibilité d'éléments de preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Accusé informé de ses droits par la police – Expression par l'accusé de la volonté de garder le silence et de consulter son avocat – La possibilité de téléphoner à un avocat n'a pas été offerte à l'accusé – Poursuite de l'interrogatoire en l'absence d'un avocat – Aucune urgence – Déclaration de culpabilité fondée sur la réponse donnée à une question piège en l'absence d'un avocat – Les déclarations incriminantes ont-elles été obtenues dans des conditions qui portent atteinte au droit à l'assistance d'un avocat? – L'utilisation des déclarations incriminantes est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. MANNINEN, 1233.

DROIT CRIMINEL

1. Procédure – Refus de témoigner à l'enquête préliminaire d'un autre accusé – Accusation d'entrave à la justice et renvoi à procès – Rejet de la requête en *certiorari* pour casser le renvoi au procès – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 472.

R. C. LACROIX, 244.

2. Principe de l'arrêt *Kienapple* – Déclarations de culpabilité d'introduction par effraction et de vol qualifié, ainsi que de

DROIT CRIMINEL—Suite

tentative de meurtre – Infractions découlant du même incident – La règle contre les déclarations de culpabilité multiples s'applique-t-elle pour empêcher la déclaration de culpabilité de tentative de meurtre?

R. C. WIGMAN, 246.

3. Exposé au jury – *Mens rea* – Tentative de meurtre – Exposé du juge du procès relativement à l'intention requise pour la tentative de meurtre conforme à l'interprétation donnée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lajoie* – Cour suprême modifie dans l'arrêt *Ancio* son interprétation de l'élément moral requis pour une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre – L'arrêt *Ancio* rendu après que l'accusé eut obtenu une autorisation générale de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada – L'accusé peut-il bénéficier de la nouvelle interprétation du Code criminel donnée dans *Ancio*? – Portée de l'autorisation de pourvoi – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 212a), 618(1)b).

R. C. WIGMAN, 246.

4. Appel d'une déclaration de culpabilité – Erreur dans l'exposé du juge au jury concernant l'intention nécessaire pour une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre – Pourvoi contre la déclaration de culpabilité de tentative de meurtre rejeté mais substitution d'une déclaration de culpabilité d'une infraction comprise – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 228b), 613(1b)(i), (iii), (3).

R. C. WIGMAN, 246.

5. Dire la bonne aventure – Défense de croyance honnête – Aucun fondement à la prétention de l'accusée qu'elle avait des pouvoirs spéciaux de prescience – Pas de recours possible à la défense de croyance honnête vu les faits – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 323b).

R. C. LABROSSE, 310.

6. Procès – Exposé du juge – Directives erronées relativement au fardeau de la preuve en matière d'alibi – Propos ambigus sur la nécessité d'un verdict unanime – Non-applicabilité de l'art. 613(1b)(iii) du Code criminel – Nouveau procès ordonné.

R. C. LIMOGES, 497.

7. Procédure – Moyens de défense – Autrefois acquit – Annulation du renvoi à procès de l'accusé avant le plaidoyer – Le ministère public fait appel mais ne réussit pas à le signifier – Acte d'accusation direct présenté par le procureur général contre l'accusé – Acte d'accusation annulé par le juge du procès au vu de la défense d'autrefois acquit – Appel interjeté par le ministère public – Les procédures suite au premier acte d'accusation n'ont pas mis l'accusé en péril – L'accusé ne peut pas invoquer le moyen de défense d'autrefois acquit.

R. C. GOULD, 499.

8. Outrage au tribunal – Procédure – La poursuite procède par voie d'acte d'accusation – Procès par magistrat constituant le nouveau choix de l'intimé – Déclaration de culpabilité inscrite sur plaidoyer de culpabilité – La Cour provinciale est-elle

DROIT CRIMINEL—Suite

compétente pour examiner un outrage au tribunal? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 8, 127(2) 484(1).

R. C. VERMETTE, 577.

9. Exposé au jury – Meurtre – Aider ou encourager – Selon le ministère public l'accusé pouvait être déclaré coupable à titre d'auteur ou subsidiairement à titre de personne qui a aidé ou encouragé – La preuve justifiait-elle la présentation au jury de la seconde thèse du ministère public? – Le juge du procès a-t-il omis d'appliquer les principes juridiques de l'art. 21 du Code criminel à la preuve?

R. C. THATCHER, 652.

10. Exposé au jury – Fardeau de la preuve – Meurtre – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en disant au jury qu'il devait évaluer le témoignage de l'accusé en fonction de ceux des autres témoins et devait choisir lequel il acceptait, réduisant ainsi le fardeau de la preuve?

R. C. THATCHER, 652.

11. Exposé au jury – Caractère équitable – Meurtre – Le juge du procès a-t-il résumé d'une manière adéquate les éléments de preuve et la thèse de la défense?

R. C. THATCHER, 652.

12. Exposé au jury – Unanimité – Meurtre – Directives du juge au jury selon lesquelles il pouvait déclarer l'accusé coupable soit à titre d'auteur soit de personne qui a aidé ou encouragé – Le juge du procès a-t-il omis d'exposer au jury qu'il devait être unanime quant à la manière dont l'infraction a été commise? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21.

R. C. THATCHER, 652.

13. Exposé au jury – Viol et attentat à la pudeur – Défense d'erreur de fait – Croyance erronée au consentement – Le moyen de défense aurait-il dû être présenté au jury? – Le juge du procès a-t-il donné des directives appropriées au jury?

R. C. BULMER, 782.

14. Agression sexuelle – Exposé au jury – Moyen de défense d'erreur de fait – Le juge du procès doit-il dans chaque affaire d'agression sexuelle dire au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 244(4), 246.1(1)a).

R. C. ROBERTSON, 918.

15. Procédure – Appel de plein droit – Dissidence en Cour d'appel ne portant pas sur une question de droit.

R. C. FAULKNER, 951.

16. Étendue de l'autorité de la police militaire – Alcootests – Refus de fournir des échantillons d'haleine – Sommaton faite par un policier militaire à un civil, à l'extérieur d'une base militaire, à la suite d'une violation des règles de la circulation commise sur la base – Un policier militaire est-il un «agent de la paix» au sens de l'art. 2f) du Code criminel? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2f), 235 – Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 134 – Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes, art.

DROIT CRIMINEL—Fin

22.01 – Règlement sur la violation de la propriété de la défense, C.R.C. 1978, chap. 1047, art. 2, 3 28(1).

R. C. NOLAN, 1212.

17. Droit à l'assistance d'un avocat – Poursuite de l'interrogatoire de la police malgré la volonté exprimée par l'accusé de garder le silence et de consulter un avocat – La possibilité de téléphoner à un avocat n'a pas été offerte à l'accusé – Poursuite de l'interrogatoire en l'absence d'un avocat – Aucune urgence – Portée du droit à l'assistance d'un avocat – Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. MANNINEN, 1233.

18. Preuve – Admissibilité des confessions – Compréhension et expression orale – La compréhension de la langue est-elle reliée à l'admissibilité d'une confession ou à son poids?

R. C. LAPOINTE ET SICOTTE, 1253.

19. Obscénité – Vidéocassettes – Critère des normes sociales contemporaines appliqué.

R. C. VIDEO WORLD LTD., 1255.

DROIT DU TRAVAIL

Industrie de la construction – Règlement relatif au placement des salariés – Salarié accusé d'avoir travaillé sur un chantier sans avoir obtenu un certificat de classification – Rejet des arguments présentés par le salarié pour faire déclarer le règlement *ultra vires* – Règlement numéro 5 relatif au placement des salariés dans l'industrie de la construction, (1977) 109 G.O. 5581 (n° 43, 26/10/77), art. 2.01.

QUÉBEC (OFFICE DE LA CONSTRUCTION) C. LAROCHELLE, 241.

DROIT FISCAL

Dénonciation faite par un fonctionnaire du ministère du revenu – Perquisition et saisie autorisées par le sous-ministre du revenu et approuvées par un juge – Le juge avait-il les renseignements pertinents pour vérifier si les faits sur lesquels se fonde la croyance du dénonciateur sont raisonnables? – Bref d'évocation – Loi sur le ministère du revenu, L.R.Q. 1977, chap. M-31, art. 40.

RESTAURANT LE CLÉMENCEAU INC. C. DROUIN, 706.

DROIT MARITIME

Privilèges – Action *in rem* visant à l'exécution d'un privilège maritime pour fourniture d'approvisionnements nécessaires fondé sur le droit étranger – Propriétaire du navire non responsable *in personam* de ces approvisionnements – Privilège exécutoire par action *in rem* au Canada.

MARLEX PETROLEUM INC. C. HAR RAI (LE), 57.

EXPROPRIATION

Atteinte préjudiciable – Indemnisation – Bien-fonds acquis pour la construction d'une route adjacente au bien-fonds des appelants – Aucune expropriation du bien-fonds des appelants – Les dommages résultant de la construction de la route ouvrent-ils droit à une indemnisation? – Expropriations Act, R.S.O. 1970, chap. 154, art. 1, 21 (maintenant R.S.O. 1980, chap. 148).

ST. PIERRE C. ONTARIO (MINISTRE DES TRANSPORTS ET COMMUNICATIONS), 906.

EXTRADITION

1. Compétence des juges d'extradition – Moyen de défense d'autrefois acquit invoqué à l'audience d'extradition – Compétence du juge d'extradition pour examiner des moyens de défense qui pourraient être soulevés au procès.

CANADA C. SCHMIDT, 500.

2. Compétence des juges d'extradition – Un juge d'extradition a-t-il compétence pour appliquer les réparations prévues dans la Charte ou pour examiner les moyens de défense qui pourraient être soulevés au procès?

ARGENTINE C. MELLINO, 536.

IMPÔT SUR LE REVENU

Calcul de l'impôt – Déductions – Déduction d'intérêts – Fiducies – Fiducie versant du capital au bénéficiaire – Fonds empruntés pour éviter la vente d'actifs – La fiducie a-t-elle le droit de demander la déduction des intérêts? – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 12(1)a), 11(1)c)(i), réad. S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 18(1)a), 20(1)c)(i).

BRONFMAN TRUST C. LA REINE, 32.

LÉGISLATION

1. Rétroactivité – Aucune mention expresse – Intention du législateur de rendre la loi rétroactive – Loi déclaratoire et interprétative – Loi amendante la loi de la pêche de Québec et la loi de la chasse de Québec, S.Q. 1919, chap. 31, art. 1.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. HEALEY, 158.

2. Interprétation – Législation sur les droits de la personne – Interprétation large de la législation pour qu'elle réalise ses objets – Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33.

COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE), 1114.

LETTRES DE CHANGE

Faux chèques – Contrefaçons des signatures des signataires autorisés et dissimulation des contrefaçons par un employé du client – Le client est-il empêché d'opposer les faux à la banque? – Y avait-il, en l'absence d'un accord de vérification, une obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable? – Y avait-il une obligation de maintenir un système adéquat de contrôles comptables internes pour prévenir et minimiser les pertes imputables aux faux?

SOCIÉTÉ HÔTELIÈRE CANADIEN PACIFIQUE LTÉE C.
BANQUE DE MONTRÉAL, 711.

LIBERTÉS PUBLIQUES

1. Égalité devant la loi – Loi fédérale prorogeant les conventions collectives des salariés du secteur public et fixant pour deux ans leurs hausses salariales – Cette loi fédérale viole-t-elle l'art. 1b) de la Déclaration canadienne des droits? – Loi sur les restrictions salariales du secteur public, S.C. 1980-81-82-83, chap. 122.

AFPC C. CANADA, 424.

2. Discrimination – Emploi – Discrimination systémique contre un groupe identifiable – Imposition par un tribunal des droits de la personne d'un programme d'équité en matière d'emploi à un employeur – Ordonnance du tribunal fixant un objectif d'emploi et des contingentements d'embauche – Le tribunal est-il compétent pour rendre une telle ordonnance? – Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 2, 15(1), 41(2a).

COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU
CANADA C. CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES
DROITS DE LA PERSONNE), 1114.

PREUVE

1. Admissibilité – Déconsidération de l'administration de la justice – Fouille en vue de découvrir des stupéfiants – Doute quant au caractère abusif de la fouille – L'utilisation en preuve de l'héroïne saisie déconsidérerait-elle l'administration de la justice?

R. C. COLLINS, 265.

2. Admissibilité – Déconsidération de l'administration de la justice – Perquisition pour trouver des stupéfiants en vertu d'un mandat de main-forte – Allégation d'incompatibilité des mandats de main-forte avec la Charte – L'utilisation de la preuve relative à ces stupéfiants est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

R. C. SIEBEN, 295.

3. Admissibilité – Déconsidération de l'administration de la justice – Perquisition pour trouver des stupéfiants en vertu d'un mandat de main-forte – Allégation d'incompatibilité des

PREUVE—Fin

mandats de main-forte avec la Charte – L'utilisation de la preuve relative à ces stupéfiants est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

R. C. HAMILL, 301.

4. Admissibilité – Preuve de faits similaires – Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle – Admissibilité du témoignage selon lequel l'accusé a fait des avances sexuelles à la compagne de chambre de la plaignante – Dans l'hypothèse de l'inadmissibilité, l'art. 613(1)b)(iii) du Code criminel s'applique-t-il de manière que la déclaration de culpabilité puisse être maintenue?

R. C. ROBERTSON, 918.

5. Admissibilité – Déconsidérer l'administration de la justice – Prise de sang effectuée par un médecin et autorisée par la loi provinciale mais non par le Code criminel – Élément de preuve à être utilisé dans une affaire criminelle – Admission du ministre public que la prise de sang constitue une fouille abusive qui viole l'art. 8 de la Charte – L'utilisation de l'échantillon de sang comme élément de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

R. C. POHORETSKY, 945.

6. Admissibilité – Déconsidération de l'administration de la justice – Poursuite de l'interrogatoire de la police malgré la volonté exprimée par l'accusé de garder le silence et de consulter un avocat – L'utilisation des éléments de preuve obtenus au cours de cet interrogatoire a-t-elle pour effet de déconsidérer l'administration de la justice? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. MANNINEN, 1233.

TRIBUNAUX

1. Procédure – Suspension d'instance et injonctions interlocutoires – Contestation de la constitutionnalité d'une loi – Commission qui se propose d'agir en vertu de la loi contestée – Requête en suspension des procédures devant la Commission jusqu'à la détermination de la constitutionnalité de la loi – Décision rejetant la requête infirmée par la Cour d'appel – Principe régissant le pouvoir discrétionnaire du juge d'accorder la suspension d'instance – Est-il approprié pour la Cour d'appel d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance? – Labour Relations Act, C.C.S.M., chap. L10, art. 75.1.

MANITOBA (PROCURER GÉNÉRAL) C. METROPOLITAN
STORES LTD., 110.

2. Compétence – Outrage criminel – La Cour provinciale est-elle compétente?

R. C. VERMETTE, 577.

3. Compétence – Divorce – Convention alimentaire incorporée dans l'ordonnance du tribunal – Demande de modification par l'ex-épouse accueillie – Compétence de la Cour d'appel

TRIBUNAUX—Suite

et de la Cour suprême du Canada pour examiner des ordonnances rendues aux termes de l'art. 11 de la Loi sur le divorce – Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2), 17(2), 18(1).

PELECH C. PELECH, 801.

4. Compétence – Pouvoirs du tribunal d'examen – Divorce – Convention alimentaire incorporée dans l'ordonnance du tribunal – Demande de modification par l'ex-épouse accueillie – Une cour d'appel devrait-elle intervenir dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance en l'absence d'erreur grave? – Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2), 17(2).

PELECH C. PELECH, 801.

5. Compétence – Divorce – Convention de séparation prévoyant la cessation du paiement de la pension alimentaire à

TRIBUNAUX—Fin

l'ex-épouse en cas de remariage ou de cohabitation de sa part – Pouvoir de la cour de modifier la convention – Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2).

CARON C. CARON, 892.

6. Contrôle en appel – Faits – Modification par la Cour d'appel des conclusions de fait du tribunal de première instance – Preuve documentaire et témoignages d'experts – Rejet par la Cour d'appel des témoignages d'experts vu l'analyse différente de certains faits sur lesquels les témoignages d'experts étaient fondés – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur?

N.V. BOCIMAR S.A. C. CENTURY INSURANCE CO. OF CANADA, 1247.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*